

N. 00722/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00155/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 155 del 2013, proposto da:
Intercantieri Vittadello Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Cristina Lenoci, Francesco Marascio, con domicilio eletto presso Filippo Cazzagon in Venezia-Mestre, piazza Ferretto, 84;

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Daniele Tornusciolo, Maria Gabriella Anghelone, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR Veneto;

nei confronti di

Oberosler Pietro Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Trevi Spa;

Per l'annullamento,

del provvedimento n. 143 del 27 dicembre 2012, comunicato in data 28 dicembre 2012, prot. CDG 010186-P, con il quale ANAS SPA ha aggiudicato alla contro interessata la commessa VE01/12 (CIG 398560514B),- esecuzione dei lavori di variante alla SS 14 "Triestina" dei centri abitati di Campalto e Tesserà in comune di Venezia – Variante Campalto -, di tutti i verbali di gara, nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione del lavoro di cui alla gara pubblicata nel GUCE il 5 marzo 2012, ovvero, in via subordinata, per risarcimento in forma equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Oberosler Pietro Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Oberosler Cav. Pietro Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Pier Vettor Grimani, Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2014 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ANAS ha indetto una gara per la progettazione esecutiva ed esecuzione, a mente dell'art. 53, comma 2, lettera b) del D.lag. 163/2006, sulla base del progetto definitivo, per l'esecuzione dei lavori di variante alla s.s. 14 "Triestina" dei centri abitati di Campalto e Tessera in Comune di Venezia- Variante Campalto", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Successivamente alla fase di preliminare qualificazione, la stazione appaltante individuava le società ritenute idonee ed invitava le predette a presentare la conseguente offerta secondo le modalità indicate nella lettera di invito.

Alla predetta procedura partecipavano 27 società, i cui progetti tecnici venivano valutati in apposite sedute riservate, al termine delle quali la commissione giudicatrice provvedeva, in seduta pubblica, alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e all'attribuzione del conseguente punteggio alle società non escluse.

La gara veniva prima provvisoriamente e poi definitivamente aggiudicata all'attuale controinteressata, mentre la ricorrente veniva graduata al secondo posto.

L'attuale ricorrente, dopo aver avuto accesso agli atti di gara, provvedeva a mezzo raccomandata a.r. ad informare la stazione appaltante, ex art. 243 bis del d.lgs 163/2006, della propria determinazione a proporre ricorso in sede giurisdizionale avverso tale aggiudicazione, ricorso che veniva, in effetti, proposto in data 28 gennaio 2013 ed affidato a sette motivi di gravame.

Nei termini di legge la controinteressata è insorta con ricorso incidentale, così da censurare anche la mancata e dovuta esclusione dalla gara della ricorrente.

In particolare la controinteressata ha eccepito :

1. violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c), e), d) del d.lgs, perché sulla base di notizie di stampa la società ricorrente risulta aver subito sanzioni amministrative e procedimenti penali per gravi violazioni della normativa in materia di sicurezza e

degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro per il conseguente decesso di un operaio nell'esecuzione di un appalto sulla ss 131;

2. violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento della p.a., par condicio competitorum. Violazione della lex specialis, con riferimento al par. E 2 della lettera di invito. Eccesso di potere per carenza istruttoria, perché le soluzioni tecniche proposte dalla ricorrente comportavano la modifica della localizzazione della galleria artificiale con l'introduzione di una copertura a rete stirata con funzione antiabbagliamento che ne determinò una maggiore lunghezza di metri 25 per ogni lato;

3. inammissibilità dell'offerta della intercantieri Vittadello per incertezza/contraddittorietà dell'offerta tecnica e contrasto tra offerta tecnica ed offerta economica. Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento della p.a., violazione della lex specialis, con particolare riferimento al par E. 3, punto E.2 della lettera di invito, per una sostanziale difformità tra offerta economica ed offerta tecnica perché il tampone di fondo in jet proposto dalla ricorrente è realizzato con un nuovo metodo che non precisa, anzi è in contraddizione con la stessa offerta tecnica perché non ha esattamente riportato i maggiori costi economici della prospettata lavorazione individuati proprio sulla base dei dati forniti dalla stessa ricorrente,

4. Violazione del principio di ragionevolezza, buon andamento della p.a.. Violazione della lex specialis con riferimento al par. E.2 della lettera di invito. Eccesso di potere per carenza di istruttoria perché la ricorrente ha proposto e previsto di operare il trattamento a calce del piano di posa dei rilevati senza aver prodotto alcun documento di bilancio terre e senza aver prodotto esami geognostici del terreno oggetto dell'intervento;

5. Violazione della lex specialis con riferimento al par. 2 della lettera di invito perché le indicazioni circa il crono programma delle lavorazioni è completamente errato e contraddittorio;

6. violazione di legge con particolare riferimento all'art. 46, comma 1 bis, d.lgs 163/2006. La controinteressata ha impugnato la legge di gara nella ipotesi in cui la stessa fosse interpretata nel senso proposto dalla ricorrente nel ricorso e cioè in relazione al fatto che gli elaborati dell'offerta tecnica n.3 e 4 sono presenti 157 voci con indicati i prezzi offerti, atteso che la loro indicazione è talmente residuale da non consentire alcuna anticipazione sul contenuto dell'offerta economica;

7. violazione di legge, con particolare riferimento agli artt. 53 e 46 d.lgs 163/2006, nonché dell'art. 92 dpr 207/2010, anche in questo caso la predetta impugnava il bando di gara nella parte in cui lo stesso fosse interpretabile nel senso che anche il progettista incaricato debba fornire, a pena di esclusione, attestazione, ex art. 38 d.lgs 163/2006, del possesso dei requisiti generali.

Il Collegio, con riferimento alle censure con effetto escludente proposte dalla controinteressata, considerato che le stesse attengono a questioni di esclusiva valenza tecnico-ingegneristica ha disposto una CTU, affidata al dr. Ing. Mario Catta, ed ha indicato i seguenti quesiti :

1. sul secondo motivo di ricorso incidentale : modifica galleria.

Dica il CTU, per quanto concerne la galleria artificiale tra le progressive 0+730 e 1+370, se rispetto alla lettera di invito ed ai documenti di gara :

- sia stata modificata la localizzazione;
- sia stata incrementata la lunghezza prevista.

Dica altresì se ciò sia in contrasto con quanto prescritto nella lettera di invito e nel bando di gara e nel conseguente capitolato,

2. sul terzo motivo di ricorso incidentale : difformità tra offerta tecnica e offerta economica.

Verificata la rilevante incidenza economica del tampone di fondo in jet grouting (dichiarata superiore ad 1/3 dell'intero appalto), dica il CTU se, per quanto concerne il metodo proposto in variante migliorativa dall'impresa intercantieri Vittadello :

- i dati di produzione, riportati nell'offerta dell'impresa stessa, siano diversi e contraddittori e se “ confusi valori di produttività “ relativi “ alla medesima lavorazione” comportino diversità di costi e conseguentemente incertezza nella offerta della lavorazione in esame e quindi dell'offerta economica dell'appalto;

- tale variante comporti incidenza sui tempi di realizzazione e conseguente incidenza economica sull'appalto, anche accertando se il crono programma d'appalto corrisponda/tenga conto dei tempi oggettivamente necessari alla realizzazione della lavorazione in discussione.

Dica quindi in definitiva il CTU, sulla base di quanto sopra, se sia riscontrabile una sostanziale difformità fra offerta tecnica e offerta economica.

3. sul quarto motivo del ricorso incidentale : incoerenza nell'offerta tecnica relativa al trattamento a calce e alla gestione delle materie.

Dica il CTU se : l'impresa intercantieri Vittadello abbia previsto di operare il trattamento a calce del piano di posa dei rilevati e, di detta “ miglioria tecnica”, sia stato tenuto conto nell'offerta economica;

sia stata prevista ottimizzazione nella gestione delle materie, recuperando materiale di scavo (ed azzerando materiale di cava) per i rilevati e la terra vegetale per le scarpate;

dica quindi il CTU, in relazione ai precedenti punti, se ciò abbia comportato aleatorietà dell'offerta in relazione alla mancata conoscenza delle caratteristiche dei terreni in sito.

4. sul quinto motivo di ricorso incidentale : incoerenza nella stesura del crono programma.

Valuti il CTU se il crono programma dei lavori dell'offerta dell'impresa intercantieri Vittadello sia errato contraddittorio o carente e se ciò comporti oggettivo impedimento a stabilire l'effettiva durata dei lavori.

Nei termini assegnati il CTU rassegnava la propria relazione con le osservazioni tecniche delle parti.

Con riferimento al primo quesito il CTU rispondeva :

La localizzazione non è stata modificata;

la lunghezza prevista non è stata incrementata.

Non si rileva alcun contrasto con la lettera di invito, il bando di gara, il conseguente capitolato.

Con riferimento al secondo quesito il CTU ha risposto :

la incidenza economica del tampone di fondo, rispetto all'importo globale dei lavori posti in gara è particolarmente rilevante in origine (35%), ma molto meno importante nell'offerta definitiva.

In tale fattispecie :

- il dato di produzione sottoscritto dall'impresa Vittadello appare oggettivamente solo quello riportato nelle schede attività (60 mc/giorno), essendo gli altri frutto di elaborazione della controparte. Anche se non si può negare come l'offerta possa apparire confusa, e non conformi tra loro i dati che appaiono in alcune distinte parti dell'offerta. In definitiva detta offerta appare frettolosa e superficiale come talvolta succede in offerte completate all'ultimo momento. Ma il passaggio da costo a ml per colonna a costo mc, configura una totale assunzione di onere e rischio da parte dell'appaltatore. Ed in tal caso non appare alcuna incertezza nell'offerta;

- i tempi, “ necessari alla realizzazione della lavorazione in discussione”, dell'offerta sono nel crono programma ed essendo allineati con quelli Anas a base di gara, anche se non precisamente coincidenti, non possono non considerarsi non plausibili. Tanto più che, anche in questo caso trattasi di assunzione di responsabilità e di oneri relativi da parte dell'impresa offerente. Non appare difformità fra offerta tecnica ed economica.

- In relazione al quesito n. 3 il CTU ha risposto :

- Sì. L'impresa Intercantieri Vittadello ha previsto di operare il trattamento a calce del piano di posa dei rilevati. Di tale “ miglioria tecnica” si è tenuto conto nell'offerta economica.

- E' stata prevista ottimizzazione nella gestione delle materie, con il recupero di materiale di scavo sia per il piano di posa dei rilevati (mediante trattamento a calce), che per la terra vegetale per le scarpate. Ma tale ottimizzazione è stata fatta sottacendo (o non chiarendo) né le quantità esatte da trasportare in discarica, né quelle da approvvigionare. Inoltre parte di tali quantità sono quelle di cui si propone la stabilizzazione a calce, che pur plausibile e tecnicamente ragionevolmente fattibile, non è stata nell'offerta assistita da alcun elemento probativo che ne garantisce la reale assoluta fattibilità. Rendendo di fatto il bilancio delle materie incerto e non affidabile per quanto concerne la quantità e aleatorio per quanto riguarda il trattamento a calce, di cui non si garantisce il risultato. Ciò ha comportato aleatorietà dell'offerta.

- Con riferimento al quarto quesito la risposta è stata :

- Il crono programma dei lavori è errato e di conseguenza e per ciò contraddittorio e carente, ma (per ammissione della stessa Vittadello intercantieri) a causa di un errore materiale (slittamento della numerazione).

- Tale crono programma non comporta comunque oggettivo impedimento a stabilire l'effettiva durata dei lavori.

il Collegio ritiene di far proprie le conclusioni cui è pervenuto il CTU, atteso che le obiezioni avanzate dalla parte resistente e dalla controinteressata, sia nel corso del procedimento peritale, sia successivamente al deposito della relazione finale non forniscono adeguati elementi, sia di natura tecnica che logica, per poter sconfessare le motivate conclusioni del CTU, da intendersi, comunque, integralmente riportate nella presente sentenza.

Nondimeno, la risposta fornita dal CTU al quesito n. 3, pur segnalando l'aleatorietà dell'offerta, in realtà, nella parte motivata, ha convenuto sulla fattibilità della proposta migliorativa avanzata da parte del ricorrente per la stabilizzazione del terreno rimosso con la calce e da riutilizzare per il piano di posa stradale, anzi la sua fattibilità risulterebbe economicamente vantaggiosa ed avere probabilità superiori a quelle di non fattibilità ma, stante la mancanza di prove chimiche del terreno oggetto di intervento, la proposta è stata ritenuta aleatoria.

Osserva il Collegio.

La proposta tecnica avanzata dal ricorrente per la stabilizzazione a calce del terreno ha, comunque, superato il preliminare scrutinio tecnico da parte della commissione giudicatrice. Con ciò non volendo affatto dire della intangibilità della riferita proposta, atteso che la stazione appaltante ha titolo e potestà per provvedere a successive ed ulteriori verifiche di natura tecnica, a mente degli artt. 11 e 12 del D.Lgs 163/2006, anche dopo l'aggiudicazione.

L'eccezione avanzata dalla controinteressata sul punto, però, ha, di fatto, anticipato tale momento valutativo, contestando l'ammissione della ricorrente perché la sua offerta è stata formulata in termini ipotetici.

E' evidente che tale rilievo non è sufficiente, proprio alla luce delle motivazioni della CTU, per escludere dalla gara la ricorrente, perché così intese le censure si riferiscono ad evenienze che possono eventualmente pregiudicare unicamente l'aggiudicazione della gara.

Invero, avendo la controinteressata espressamente censurato, in relazione a tale motivo la illegittima persistenza della ricorrente nella gara in questione, il Collegio, al fine di una esatta, definitiva e conclusiva risposta del sollevato quesito, ha ritenuto di dover provvedere ad integrare la CTU con una ulteriore attività conoscitiva, sempre affidata allo stesso CTU che, anche alla luce delle osservazioni dei consulenti tecnici delle parti, facesse luce sugli aspetti che avrebbero potuto e dovuto comportare la esclusione dalla gara della ricorrente, in quanto il CTU, nei limiti del quesito proposto, ha fornito una indicazione di massima che però deve essere esattamente ed ulteriormente svolta.

Il Collegio, pertanto, ha ritenuto che oggetto della consulenza e, segnatamente il quesito n. tre, non doveva essere letto in termini ipotetici ed astratti, ma riguardare una verifica obiettiva volta ad appurare se l'offerta presentata dalla ricorrente era, per le sue intrinseche caratteristiche, tale da essere immediatamente esclusa, in ragione del fatto che il giudizio, invero, riferendosi ad un dato oggettivo (il terreno è idoneo o meno al trattamento a calce ?) doveva essere assunto secondo procedure scientifiche e non probabilistiche, anche perché, sul punto, la questione è stata diversamente articolata dalle parti.

Infatti, mentre la ricorrente ritiene fattibile tale modalità di lavorazione sulla base di analisi di un terreno limitrofo, la controinteressata contesta tale possibilità ritenendo aleatoria la proposta, mentre il CTU ha rappresentato nella motivazione della relazione la concreta possibilità ed economicità del metodo, ma che, nel concreto, la ricorrente non avrebbe fornito la prova di ciò.

In altri termini era necessario appurare, la possibilità o meno di realizzare la proposta lavorazione, perché è solo con la obiettiva definizione di tale evenienza che la stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto escludere dalla gara la ricorrente.

Tale incognita, in realtà costituisce, in buona sostanza, l'essenza stessa della censura avanzata nel ricorso incidentale, rispetto alla quale, il Tribunale deve fornire una risposta univoca e definitiva,

proprio perché la possibilità di immediata esclusione del concorrente, invero, si collega direttamente ed immediatamente alla previsione di cui all'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs 163/2006 che, con riferimento alla offerta, richiede, per l'esclusione del candidato :” ...incertezza assoluta sul contenuto”.

E' in questo senso che doveva essere letto, come detto, il quesito proposto e connesso all'eccezione incidentale.

Alla luce di tali considerazioni, il Collegio ha ritenuto che ciò che dovesse essere ulteriormente verificato dovesse riguardare, non tanto l'aleatorietà astratta del metodo proposto, quanto piuttosto la sua reale fattibilità nel caso concreto, in considerazione del fatto che la questione sollevata con il motivo di ricorso incidentale non afferiva al riscontro probabilistico di fattibilità della lavorazione proposta, quanto piuttosto accertare se, il metodo innovativo indicato dalla ricorrente nel caso di specie, era fattibile o meno, atteso che è solo in tale ottica che ha rilevanza, come detto, l'eccezione di aleatorietà dell'offerta.

In questi termini il Collegio ha ritenuto di dover integrare l'originario quesito proposto, secondo canoni sperimentali per accertare, in modo univoco se, nell'area oggetto di intervento e di cui al bando, la proposta migliorativa della stabilizzazione del terreno a calce era, ed è realizzabile.

La natura della gara ed il criterio di aggiudicazione utilizzato, consentiva, infatti, alle imprese concorrenti, così come indicato dalla legge di gara, di proporre variazioni migliorative al progetto.

La caratteristiche delle innovazioni proposte doveva, però, contenersi nell'ambito della prestazione tecnica richiesta senza alterarne la natura e la funzione, proprio per garantire la par condicio tra le parti (Cons.St., sez. V, 11 luglio 2008, n.3481).

Tale eventualità è stata tenuta ben presente dalla stazione appaltante che, nella lex specialis, ha previsto una soglia di ammissibilità tecnica dell'offerta condizionata al raggiungimento di un determinato minimo standard.

L'attribuzione alla ricorrente di tale positiva valutazione, implicitamente, ha significato una riconosciuta fattibilità astratta della innovazione proposta (stabilizzazione a calce del terreno).

Nondimeno, tale ulteriore accertamento si è reso necessario perché, secondo il Collegio, l'offerta, sotto l'indicato profilo, non è assistita da una dimostrazione probatoria assoluta, ma la sua astratta fattibilità sotto il profilo tecnico, non consentiva alla stazione appaltante una sua preventiva esclusione, atteso che ogni valutazione circa la reale e congrua fattibilità dell'opere e segnatamente della stabilizzazione del terreno a calce, doveva costituire motivo di successiva verifica in caso di aggiudicazione della gara, volta ad individuare l'eventuale antinomia dell'offerta, senza pregiudizio per eventuali e conseguenti giustificazioni che devono, chiaramente, riferirsi al momento della presentazione dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Solo l'accertata non fattibilità della stabilizzazione del terreno a calce, avrebbe comportato, proprio perché affidata a strumenti tecnici dal responso univoco, significative conseguenze, sia con riferimento all'aggiudicazione della gara, che per eventuali ipotesi di responsabilità civile, sia, infine, in termini di responsabilità amministrativa.

E' appena il caso di osservare che l'esclusione del partecipante alla gara, proprio in ossequio al principio della massima partecipazione concorrenziale, rappresenta una evenienza eccezionale, cui sono estranee le mere carenze di ordine formale (Cons. st, sez. V, 16 luglio 2007, n.4027).

Non solo.

Le innovazioni introdotte dal legislatore con l'indicazione puntuale, non altrimenti estendibile delle ipotesi di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis, dpr 163/2006, comporta che le determinazioni escludenti il concorrente dalla gara non possono essere estese anche alla offerta di gara quando questa è : ammissibile, ossia coerente con i requisiti di gara, regolare, ossia priva dei vizi di forma, tempestiva, incondizionata, imm modificabile ed infine determinata, nel senso che è indicato con esattezza il prezzo ed il ribasso offerto.

Ciò proprio perché è necessario garantire, anche ai concorrenti sospettati di aver presentato offerte anomale, nei termini di cui all'ultima alinea dell'art. 88 del D. lgs 163/2006, il rispetto dei consolidati principi di par condicio, libertà di concorrenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Quindi, solo successivamente alla individuazione dell'offerta cui dovrebbe aggiudicarsi la gara, è possibile, anche a mente dell'art 88, comma 7 del D.lgs citato, sottoporre a verifica l'offerta (Cons. St., sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5697).

Quindi, alla luce delle suindicate considerazioni, la sospetta anomalia circa l'inaffidabilità dell'offerta della ricorrente per aleatorietà della stessa, non può comportare una sua automatica esclusione, come paventato dal controinteressato nel ricorso incidentale, a meno di intendere tale censura nel senso sopra esposto.

Per questi motivi il Collegio ha ritenuto necessario disporre la riferita CTU onde ottenere una univoca ed obiettiva risposta ed ha affidato, sempre al medesimo CTU, un ulteriore quesito, che testualmente si riporta :

“ Definisca il CTU se i terreni di scavo considerati dal progettista non reimpiegabili tal quale, siano effettivamente ed in concreto stabilizzabili a calce e possano, dopo tale trattamento, essere utilizzabili per il piano posa dei rilevati stradali, così come previsto nell'offerta intercantieri Vittadello.

Definisca ciò, senza che residui alcun dubbio al riguardo, effettuando quindi, se necessario, una campagna geognostica integrativa a quella di progetto, al fine di individuare precisamente le caratteristiche dei terreni in sito, ricorrendo, se del caso, a prospezioni, sondaggi e prelievi nonché ad esami e prove in sito e/o di laboratorio, in grado di fornire la certezza che i terreni in questione siano idonei alla stabilizzazione con calce e che la stessa abbia un sensibile riscontro positivo sui terreni tal quale in termini di riduzione del contenuto d'acqua, di incremento delle prestazioni meccaniche e di riduzione della suscettività all'acqua, dopo opportuno trattamento“.

Nei termini indicati dal Collegio il CTU rassegnava le proprie conclusioni e le relative osservazioni di parte.

La risposta fornita dal CTU, alla luce dei prelievi di campioni di terreno in loco, in uno con le conseguenti prove di laboratorio è, per il suo connotato univoco e scientificamente documentato, adeguatamente e compiutamente motivata, così che il Collegio non ha ragione per discostarsi dalle rassegnate conclusioni, non avendo i rilievi di parte fornito, anche in questo caso, alcuna obiettiva e contraria dimostrazione.

Il CTU ha così concluso :

“ I campioni di terreno in sito, prelevati circa in asse della progettata variante stradale di cui trattasi, tra 30 e 60 cm dal p.c., risultano tutti, a seguito delle prove di laboratorio effettuate, stabilizzabili a calce ed hanno ottenuto buoni risultati di indice di portanza, conferendogli idoneità all’impiego per il piano di posa dei rilevati stradali.

Le indagini e le prove effettuate hanno fornito certezza sulla trattabilità a calce e riscontro positivo in termini di incremento delle prestazioni meccaniche e di non suscettività all’acqua delle miscele dopo il trattamento dei terreni oggetto di indagine, anche se le caratteristiche chimico-fisiche dei terreni naturali esaminati non rientravano, in parte, nei limiti di accettabilità previsti dalle prescrizioni tecniche di capitolato e di letteratura, facendoli rientrare nella categoria di quei terreni per i quali solo i risultati delle prove di laboratorio sulle miscele terra/calce possono indicare l’idoneità del terreno al trattamento”.

In considerazione della riferita risposta e dei sottesi motivi, i complessi rilievi di natura tecnico-ingegneristico avanzati nel ricorso incidentale nel secondo, terzo, quarto e quinto motivo di gravame sono infondati.

Parimenti è infondato il primo motivo del ricorso incidentale, attesa la sua prospettazione vaga e generica che si limitata a riferire approssimative notizie di stampa non adeguatamente e puntualmente dimostrate.

Parimenti irrilevante ai fini del decidere è la ulteriore censura, proposta sempre nel ricorso incidentale, volte a contestare il bando di concorso nella ipotesi di una interpretazione siccome intesa dal ricorrente dell’art. 38 d.lgs 163/2006 anche nei confronti del progettista incaricato.

Il ricorso è fondato, invece, con riferimento al terzo motivo di ricorso principale afferente alla illegittima indicazione nell’offerta tecnica della società aggiudicatrice di elementi attinenti all’offerta economica con contestuale rigetto del 6° motivo del ricorso incidentale.

La lettera di invito di ANAS ha puntualmente e chiaramente statuito l’esclusione dalla gara per i concorrenti che avessero indicato ed anticipato, nell’offerta tecnica, qualsivoglia aspetto economico : “ non dovrà essere riportata alcuna valorizzazione economica (ad es. importi, prezzi, ecc.) anticipatoria del contenuti dell’offerta economica”.

In particolare la stazione appaltante, sempre nella indicata lettera di invito, ha precisate che :

” Le variazioni ai sensi dell’art. 119, comma 5, del.P.R. 207/2010 e le modifiche tecniche migliorative proposte dovranno essere accompagnate da un computo metrico di raffronto, redatto con la stessa disaggregazione in WBS del computo a base di gara. Oltre al computo metrico di raffronto elaborate per l’intera opera dovrà essere predisposta la seguente ulteriore documentazione: computo metrico di raffronto, redatto con le stesso modalità del computo metrico posto a base di gara, relative a ciascuna variazione e modifica tecnica migliorativa presentata, con l’indicazione, do un lato, delle voci e delle quantità previste nel progetto a base di gara per le opere interessato dalla variazione e dalla modi fica tecnica migliorativa e, dall’altra, delle voci o delle quantità delle opere variate;

l’elenco delle voci di prezzo integrative della Lista prezzi contenente per ciascuna voce la descrizione della lavorazione con il richiamo alla corrispondente voce dell’Elenco Prezzi di ANAS S.p.A. ovvero, per il caso di Nuovi Prezzi, il richiamo alla corrispondente analisi presentata;

il sommario di raffronto del computo metrico aggiornato, contenente tutte le voci di prezzo, o articolato in tre colonne come di seguito illustrate:

1. quantità posta a base di gara;
2. quantità del progetto così come revisionato, aggiornato e/o variato (costituente il progetto offerto dal Concorrente);
3. variazioni per ogni singola voce;

Il sommario di cui sopra dovrà corrispondere per voci e quantità alla "Lista Prezzi" di cui al successivo paragrafo F, così come modificata e/o integrata per effetto dell'introduzione delle variazioni e delle modifiche tecniche migliorative".

Come emerge, in modo chiaro ed univoco, dalla riportata prescrizione di gara, i concorrenti avrebbero dovuto indicare, nel contesto dell'offerta tecnica in variante, esclusivamente le quantità eventualmente revisionate e/o aggiornate delle lavorazioni rapportate alla quantità posta a base di gara, precisando la quantità di variazione.

In altre parole la stazione appaltante aveva interesse e necessità, al momento della valutazione tecnica del progetto, di conoscere la puntuale articolazione, esclusivamente di natura quantitativa, delle proposte variazioni.

Nel caso di specie, come peraltro riconosciuto dalla stessa controinteressata : “ in alcuni elaborati tecnici dell'offerta del RTI Obersosler (computi metrici di raffronto) sono stati inseriti degli elementi di prezzo (comparsi per un errore del programma informatico con cui è stata elaborata l'offerta)".

Né può condividersi la conseguente giustificazione svolta dall'aggiudicataria della gara secondo cui : “tali elementi di prezzo riguardano però solamente 68 voci su complessive 235 voci di elenco prezzi . Peraltro, tali elementi di prezzo erroneamente inseriti non sempre appaiono corrispondenti in entrambe le colonne dei computi metrici di raffronto (perizia 1 e perizia 2 che rappresentano rispettivamente quantità di variante e quantità di progetto a base gara) solamente n. 23 di essi sono uguali in entrambe le colonne e corrispondono al prezzo offerto per un importo complessivo di euro 1.231.328,26, pari al 4,1% dell'importo dei lavori a base d'asta. I rimanenti 45 prezzi sono indicati con prezzi differenti tra loro o sono indicati solamente in una delle due colonne e solamente 23 corrispondono al prezzo inserito in offerta (inclusi 8 prezzi con quantità 0,00). Complessivamente i prezzi presenti in offerta tecnica e coincidenti con i prezzi inseriti nell'offerta economica sono 44 (non 157, come asserito ex adverso), per un valore complessivo di euro 4.413.857,00, pari al 15,10% dei lavori a base d'asta".

Ora, rileva il Collegio, in disparte il numero (157 o 68) dei prezzi indicati e la loro valenza economica nel contesto della gara, è evidente ed indubbio che risulta indicato nell'offerta tecnica un dato economico che la stazione appaltante aveva, giustamente, riservato e collocato nell'ambito dell'offerta economica, proprio perché la valutazione tecnica del progetto, svolta in riunione riservata, aveva il solo ed unico scopo di valutare lo stesso nei suoi soli connotati progettuali indipendentemente dal suo aspetto economico.

E' di tutta evidenza che l'inserimento di ulteriori aspetti economici, anche se non completi della offerta presentata, era in grado di rilevare in via deduttiva, ad una attenta lettura professionale degli atti di gara, nei termini svolti dalla commissione giudicatrice, con sufficiente approssimazione,

l'offerta economica, così che la complessiva valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione di gara può essere stata, in qualche modo influenzata, anche dalla percezione dei vantaggi economici preannunciati nel progetto.

Ma, al di là di tali ovvie considerazioni, chiaramente pregiudizievoli della par condicio tra i concorrenti, vi è il dato letterale della lex di gara che non può essere eluso e che impediva, a pena di esclusione, l'inserimento nella offerta tecnica di riportare :” alcuna valorizzazione economica (ad es. importi, prezzi, ecc.) anticipatoria del contenuti dell'offerta economica”.

In altri termini, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha in più occasioni statuito : "ai fini dell'annullamento della gara non è necessario che effettivamente la commissione abbia tenuto conto della conoscenza anticipata dell' offerta economica - circostanza, questa, come il suo contrario, praticamente non dimostrabile - ma è sufficiente che le concrete modalità di svolgimento della gara non abbiano assicurato la garanzia di piena imparzialità dei giudizi e quindi il rischio di inquinamento dei medesimi" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2009 n. 3217).

Deve altresì osservarsi che, sempre la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha avuto modo di precisare che non sussiste : "dubbio che la conoscenza di circa un decimo dell'incidenza dell'offerta economica costituisce ben più di un parametro di riferimento per modulare i giudizi della commissione in un senso o nell'altro" (cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010 n. 6509).

Nel caso di specie, per espressa ammissione della controinteressata, il valore economico anticipatamente partecipato è del 15,10%.

Per tali motivi il ricorso deve essere accolto e l'aggiudicazione definitiva all'attuale controinteressata annullata, atteso che la stessa, per la ragioni innanzi espresse, doveva essere esclusa dalla gara.

Pertanto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale.

Rilevato che il Collegio con ordinanza n.148/2013, confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV con le ordinanze n. 2133/2013 e 2145/2013, ha già sospeso l'aggiudicazione definitiva così da impedire la stipulazione del relativo contratto, dispone l'aggiudicazione alla attuale ricorrente.

Compensa le spese di lite ad eccezione del contributo unificato versato dalla ricorrente che, come per legge, deve essere alla stessa restituito, in parti uguali, dalla resistente e dalla controinteressata, così come devono essere imputate alla resistente ed alla controinteressata, sempre in parti uguali, le spese sostenute per le disposte consulenze tecniche, nei termini e secondo le parcelle dal consulente prodotte in atti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale.

Rilevato che il Collegio con ordinanza n.148/2013, confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV con le ordinanze n. 2133/2013 e 2145/2013, ha già sospeso l'aggiudicazione definitiva così da impedire la stipulazione del relativo contratto, dispone l'aggiudicazione alla attuale ricorrente.

Compensa le spese di lite ad eccezione del contributo unificato versato dalla ricorrente che, come per legge, deve essere alla stessa restituito, in parti uguali, dalla resistente e dalla controinteressata, così come devono essere imputate alla resistente ed alla controinteressata, sempre in parti uguali, le spese sostenute per le disposte consulenze tecniche, nei termini e secondo le parcelle dal consulente prodotte in atti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2014

IL SEGRETARIO

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