

Pubblicato il 24/07/2017

N. 03640/2017REG.PROV.COLL.
N. 09130/2016 REG.RIC.
N. 09174/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9130 del 2016, proposto da Ansaldo Sts s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiorgio Alberti e Francesco Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118

contro

Alstom Ferroviaria s.p.a. in proprio e in qualità di mandataria di R.T.I. con Sielte s.p.a. e Politecnica Ingegneria ed Architettura Soc.Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini e Sergio Massimiliano Sambri, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Massimiliano Sambri in Roma, via Pinciana, 25

nei confronti di

RFI - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Paola Chirulli, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88

sul ricorso numero di registro generale 9174 del 2016, proposto da:

RFI Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Paola Chirulli, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

contro

Alstom Ferroviaria s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Massimiliano Sambri e Maurizio Mengassini, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Massimiliano Sambri in Roma, via Pinciana, 25

nei confronti di

Ansaldo Sts s.p.a., non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sezione I, n. 1210/2016

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alstom Ferroviaria s.p.a. e di RFI - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Stagnaro per delega dell'avvocato Alberti, nonché gli avvocati Mengassini e Chirulli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

In data 9 marzo 2015 il Responsabile della Direzione Investimenti - Programma Investimenti Tecnologici - Progetti Sud di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (d'ora in poi anche 'RFI') inviava lettera di incarico alla Direzioni Acquisti di Roma per lo svolgimento dell'attività negoziale contrattuale relativa alla progettazione ed esecuzione di un sistema ACC-M

di linea, con Posto Centrale, ubicato a Bari Lamasinata, per la gestione degli impianti di linea compresi nella tratta Foggia-Bari PN.

Con avviso di gara pubblicato in G.U.U.E. in data 27 marzo 2015, RFI bandiva la relativa gara a procedura negoziata, n. DAC1.2015.0008.

L'importo complessivo dell'appalto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era stimato in euro 15.048.943,19 al netto dell'IVA, comprensivo degli oneri relativi alla sicurezza stimati in euro 785.000,00 (non soggetti a ribasso) e spese per la progettazione esecutiva pari ad euro 440.800,00 (soggette a ribasso).

A seguito dell'esperimento della fase di prequalifica dei candidati interessati a partecipare alla gara suddetta, RFI, in data 14 luglio 2015, inviava all'odierna ricorrente Alstom Ferroviaria s.p.a. la lettera d'invito a presentare offerta con i relativi allegati costituenti lex specialis di gara.

In considerazione del fatto che il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i punteggi sarebbero stati attribuiti con i seguenti criteri:

- 75 punti/100 per l'offerta tecnica;*
- 25 punti/100 per l'offerta economica.*

Inoltre, la lettera d'invito del 14 luglio 2015 precisava che "RFI si riserva la facoltà di escludere le offerte anormalmente basse secondo quanto previsto al punto J) del Disciplinare di Gara".

Il punto J) del disciplinare di gara prevedeva espressamente:

«(...) le offerte che, in base ad una valutazione della Stazione Appaltante, dovessero apparire anormalmente basse (nel senso di potenzialmente affette da anomalia) rispetto ai lavori oggetto della procedura di gara, saranno assoggettate a verifica di congruità. L'eventuale verifica sarà condotta applicando le regole procedurali ed i criteri di verifica di cui agli artt. 87 e 88 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i. Non trova, dunque, applicazione il criterio matematico di determinazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, co.

1 e 2, del dlgs n. 163/2006 e s.m.i., meramente facoltativi per i soggetti operanti nei settori speciali (art. 206 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i.).

In tale ambito RFI si riserva di valutare la congruità dei costi della sicurezza connessi con l'attività di impresa, in ogni caso da indicarsi nell'offerta.

RFI ha facoltà di procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte sino alla quinta classificata (...).

In precedenza già la lettera di incarico del 9 marzo 2015 (cfr. art. 10 in tema di "Criteri di individuazione delle offerte anomale da indicare nell'avviso o sulle lettere di invito") stabiliva:

"Avvalendosi della facoltà di cui all'art. 206, comma 1 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i. non si applicherà il criterio di cui all'art. 86.2 del dlgs n. 163/2006, ma potrà valutarsi la congruità delle offerte che appaiono, a giudizio della commissione di gara, anormalmente basse".

Alla predetta gara partecipavano, oltre ad Alstom Ferroviaria s.p.a. in RTI con Sielte s.p.a. e Politecnica Ingegneria ed Architettura Soc. Coop., anche la controinteressata Ansaldo STS s.p.a., Sirti s.p.a., Bombardier Transportation Italy s.p.a. in RTI con Star Electrification s.r.l., e il costituendo RTI tra ECM s.p.a., Ducati Energia s.p.a., Orofino Costruzioni s.r.l. e Sintagma s.r.l., tutti ammessi alla fase successiva di gara dalla commissione nominata dal responsabile del procedimento.

A seguito della seduta pubblica del 10 dicembre 2015, la commissione giudicatrice procedeva alla valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti e all'attribuzione dei relativi punteggi.

In data 19 aprile 2016, all'esito delle attività di valutazione delle offerte tecniche presentate dai suddetti operatori economici, la commissione giudicatrice trasmetteva al responsabile del procedimento gli esiti dei punteggi tecnici attribuiti a ciascun concorrente, e nello specifico:

- RTI Alstom: 67,15;
- Ansaldo: 63,63;
- RTI Bombardier: 61,29;

- Sirti: 60,92;

- RTI ECM: 57,75.

Successivamente, nel corso della seduta pubblica del 28 aprile 2016, la commissione di gara apriva le buste "B" e verificava le offerte economiche dei partecipanti.

Il risultato finale dei punteggi attribuiti per le offerte economiche era il seguente:

- Ansaldo: 25 punti con €. 9.289.999,16 (ribasso 40,37%);

- RTI Bombardier: 21,17 punti con €. 10.830.156,81 (ribasso 29,57%);

- RTI ECM: 19,78 punti con €. 11.532.690,13 (ribasso 24,65%);

- SIRTI: 19,08 punti con €. 11.930.845,22 (ribasso 21,86%);

- RTI Alstom: 17,44 punti con €. 12.976.300,79 (ribasso 14,53%).

Sommando i punti ottenuti per l'offerta economica con quelli ottenuti per l'offerta tecnica, l'offerta di Ansaldo veniva, pertanto, ritenuta quella economicamente più vantaggiosa con un punteggio complessivo di 88,64.

Il RTI Alstom ricorrente risultava secondo in graduatoria con complessivi 84,59 punti su 100.

La commissione di gara proponeva l'aggiudicazione provvisoria della procedura in favore dell'odierna controinteressata Ansaldo "rimettendo gli atti al responsabile del procedimento per la fase di affidamento che, salvo diverse determinazioni, per quanto di propria competenza, dopo aver approvato l'aggiudicazione provvisoria, disporrà l'aggiudicazione definitiva".

In data 2 maggio 2016 veniva approvata e deliberata l'aggiudicazione definitiva in favore di Ansaldo.

In data 5 maggio 2016, il raggruppamento ricorrente presentava ad RFI istanza di accesso a tutta la documentazione di gara, ed in particolare all'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria Ansaldo.

In data 16 maggio 2016, RFI consentiva ad Alstom la sola visione parziale (senza estrazione di copia) dei documenti richiesti con l'istanza di accesso agli

atti, senza tuttavia permettere l'esame dell'offerta presentata da Ansaldo in attesa del consenso di quest'ultima all'ostensione.

Copia della documentazione esaminata è stata poi consegnata da RFI in data 20 maggio 2016.

In data 19 maggio 2016 il RTI ricorrente presentava l'informativa ex art. 243-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006, invocando l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

Con successiva lettera del 23 maggio 2016 il RTI Alstom sollecitava l'ostensione dell'offerta tecnica di Ansaldo.

Tuttavia, avendo Ansaldo eccepito la sussistenza del segreto tecnico e commerciale in relazione a detta documentazione, RFI con la gravata nota del 24 maggio 2016 concedeva l'accesso solo ad una parte dell'offerta tecnica di Ansaldo e contestualmente confermava il proprio operato circa la mancata verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il RTI Alstom impugnava gli atti in epigrafe indicati dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Puglia, invocando altresì tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente.

Chiedeva, inoltre, l'annullamento della nota di RFI del 24 maggio 2016 di diniego parziale di accesso alla documentazione richiesta, formulando sul punto istanza istruttoria affinché fosse dichiarato il proprio diritto di accesso sull'intera offerta tecnica presentata da Ansaldo e sull'atto di approvazione dell'aggiudicazione.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso e per l'effetto ha annullato il disciplinare di gara (lettera J)) e la lettera di incarico (articolo 10), disponendo la rinnovazione dell'intera gara previa predisposizione di un nuovo disciplinare conforme a legge.

La sentenza è stata impugnata in appello dalla Ansaldo STS s.p.a. (ricorso n. 9130/2016) la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Violazione artt. 86 e 206, Dlgs. N. 163/2006 – Violazione art. 339 del d.P.R. n. 207 del 2010 – Violazione art. 133, Dlgs. N. 50/2016 – Erroneità

della sentenza, travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà – Omessa pronuncia;

2) Violazione artt. 86 e 206, Dlgs. n. 163/2006 – Violazione art. 339 del d.P.R. n. 207 del 2010 – Violazione art. 133, Dlgs. n. 50/2016 – Erroneità della sentenza, travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà – Omessa pronuncia;

3) Violazione artt. 86 e 206, Dlgs. n. 163/2006 – Violazione art. 339 del d.P.R. n. 207 del 2010 – Violazione direttiva n. 17/2014/CE – Violazione art. 133, Dlgs. n. 50/2016 – Erroneità della sentenza, travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà – Omessa pronuncia.

Nell'ambito del ricorso in questione si è costituita in giudizio R.F.I. (la quale ha concluso nel senso dell'accoglimento del ricorso) e la Alstom Ferroviaria s.p.a. (la quale ha concluso nel senso della reiezione del ricorso stesso).

La sentenza n. 1210/2016 è stata altresì impugnata in appello dalla RFI – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (ricorso n. 9174/2016) la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Illegittimità della sentenza appellata – Errores in iudicando: erroneità, illogicità e contraddittorietà della motivazione, carente e/o insufficiente, travisamento dei fatti – Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 206 del Dlgs 163/2006 e dell'art. 339, co. 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Violazione dei principi in materia di interpretazione delle clausole della lex di gara;

2) Illegittimità della sentenza appellata – Errores in procedendo et iudicando: violazione e falsa applicazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., nonché dell'art. 34 c.p.a. – Violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato - Erroneità, illogicità e contraddittorietà della motivazione, carente e/o insufficiente. Violazione del principio di conservazione degli atti giuridici – Violazione dei principi di economia processuale e dei limiti alla retroattività dell'annullamento – Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 1 della l. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, co. 1

del d.lgs. n. 163/2006 – Violazione del principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa – Violazione del principio di ragionevole speditezza dei procedimenti, con particolare riferimento alle procedure di gara come quelle in oggetto, approvata e finanziata dal CIPE per l'affidamento di un'opera strategica di interesse nazionale.

Nell'ambito del ricorso n. 9174/2016 si è costituita in giudizio la Alstom Ferroviaria s.p.a. la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2017 i due ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 9130/2016 proposto dalla Ansaldo STS s.p.a., attiva nel settore ferroviario (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta da R.F.I. per la realizzazione di un complesso sistema ferroviario) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Puglia con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata Alstom e, per l'effetto, è stata annullata l'intera gara (per non avere la stazione appaltante previsto meccanismi alternativi a quelli numerici per la determinazione della soglia di anomalia). Giunge altresì alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 9174/2016 proposto avverso la medesima sentenza dalla RFI – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a..

2. In primo luogo il Collegio ritiene che i due ricorsi in epigrafe debbano essere riuniti per avere ad oggetto l'impugnativa avverso la medesima sentenza (articolo 96 Cod. proc. amm.).

3. I ricorsi sono infondati.

4. La principale quaestio iuris sottesa alla presente decisione consiste nell'accertare se l'articolo 206 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e l'articolo 339 del relativo decreto di esecuzione e attuazione d.P.R. n. 207 del 2010 siano da considerare nel senso che, nei cc.dd. 'settori speciali' di rilevanza comunitaria, gli enti aggiudicatori che non intendano avvalersi di

criteri matematici per la determinazione della soglia di anomalia ai sensi dell'articolo 86 di quel Codice dei contratti pubblici, siano comunque tenuti ad avvalersi di altri indentificati criteri per la determinazione delle offerte anomale (da indicare puntualmente nella legge speciale di gara), ovvero se la libertà di determinazione dell'ente aggiudicatore consenta la non enunciazione di criteri predeterminati per la determinazione della soglia di anomalia.

5. Per quanto riguarda la disciplina positiva rilevante ai fini del decidere, rilevano:

- in primo luogo, l'articolo 206, comma 1, del Codice dei contratti pubblici del 2006 il quale, nell'individuare le disposizioni delle Parti I, II, IV e V applicabili anche agli appalti nei settori speciali, individua anche l'articolo 86, precisando che «gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara»;

- in secondo luogo, il comma 2, lettera o) del d.P.R. 207 del 2010 il quale, nell'individuare le disposizioni del regolamento applicabili anche negli appalti dei settori speciali, sancisce l'applicabilità «[della] parte II, titolo V, capo II (criteri di selezione delle offerte), con esclusione degli articoli 121, comma 1 (offerte anomale), nel caso in cui gli enti aggiudicatori, ai sensi dell'articolo 206, comma 1, del codice utilizzino un diverso criterio di individuazione delle offerte anormalmente basse rispetto a quello di cui all'articolo 86, comma 1, del codice, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerte, e 122, comma 1 (accordi quadro e aste elettroniche)».

6. Riguardo alle prescrizioni della lex specialis di gara viene in rilievo l'articolo 15 del Disciplinare di gara, il quale stabiliva:

- che, in via di principio, l'ente avrebbe autonomamente e discrezionalmente individuato le offerte eventualmente affette da profili di anomalia, facendo applicazione delle previsioni di cui agli articoli 87 e 88 del Codice;

- che non avrebbe quindi trovato immediata applicazione il criterio matematico di determinazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 86, commi 1 e 2, del richiamato Codice, ritenendo l'ente che il rispetto di tali disposizioni presentasse carattere meramente facoltativo per i soggetti operanti nei settori speciali (al riguardo l'ente richiamava in modo espresso l'articolo 206 del Codice).

7. Tanto premesso dal punto di vista generale, il Collegio ritiene che la sentenza sia meritevole di puntuale conferma laddove ha stabilito che la corretta interpretazione delle richiamate disposizioni primaria e regolamentare sia nel senso:

- che, nell'ambito dei settori speciali, gli enti aggiudicatori abbiano in via di principio la facoltà di non utilizzare i criteri legali di determinazione matematica delle offerte anormalmente basse di cui all'articolo 86, commi 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici del 2006;

- che tuttavia, laddove si avvalgano di tale facoltà, gli enti aggiudicatori hanno comunque l'obbligo (secondo la corretta interpretazione dell'articolo 339 di quel Regolamento) di predeterminare ulteriori e diversi criteri per l'individuazione delle offerte anormalmente basse: non è quindi legittima la scelta di omettere del tutto la fissazione sia dei criteri legali, sia dei criteri alternativi di cui l'ente può scegliere di fare uso.

8.1. Si osserva al riguardo:

- che l'articolo 206, comma 1, stabilisce in via generale che l'articolo 86 (in tema di 'Criteri per individuazione delle offerte anormalmente basse') trova in via di principio applicazione anche nei cc.dd. 'settori speciali';

- che l'elemento normativo indefettibile dell'articolo è, per patenti ragioni di sicurezza giuridica, costituito dalla previa e pubblicizzata individuazione di criteri matematici di determinazione delle offerte anormalmente basse – rispettivamente – nei casi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso (comma 1) e in quelli di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 2);

- che pertanto, laddove si accedesse alla tesi delle appellanti (secondo cui l'articolo 206, comma 1, darebbe facoltà agli enti aggiudicatori di scegliere se applicare o meno gli usuali criteri matematici, senza obbligo di individuare – in assenza - un autonomo e alternativo criterio determinativo), si finirebbe per palesare un'intrinseca contraddittorietà all'interno della disposizione. Aderendo a tale tesi, si assumerebbe che la legge abbia irrazionalmente – vuoi per contraddittorietà intrinseca, vuoi per discontinuità logica, vuoi per arretramento in punto di previe certezze dei concorrenti - fissato un principio (l'applicabilità dei criteri determinativi ex articolo 86 anche negli appalti dei settori speciali), per poi contestualmente ammettere che l'ente aggiudicatore abbia la facoltà di vanificare tale principio, elidendone il contenuto essenziale (i.e.: la predeterminazione di criteri matematici per l'individuazione delle offerte anomale).

8.2. Si osserva in secondo luogo che questa corretta interpretazione è suffragata dal richiamato articolo 339, comma 1, lettera o) del regolamento n. 207 del 2010 il quale – in modo coerente con la richiamata previsione primaria – ha stabilito che, laddove gli enti aggiudicatori si avvalgano della facoltà (riconosciuta dall'articolo 206 del Codice) di non utilizzare i criteri matematici di individuazione delle offerte anomale, debbono comunque indicare nell'avviso di gara quale sia il diverso criterio determinativo che intendono utilizzare (in tal modo specificando, e chiarendo ancora, che non è legittimo l'operato dell'ente il quale intenda la facoltà di cui all'articolo 206, cit. come estesa alla non individuazione di un qualsivoglia criterio determinativo delle offerte anomale).

8.2. Non ha consistenza l'assunto delle appellanti che la richiamata disposizione regolamentare (dal tenore inequivoco) si ponga in contrasto con il quadro normativo primario di riferimento.

Al contrario (e per le ragioni già esposte retro, sub 8.1) l'articolo 339 declina in modo coerente il principio di facoltatività temperata di cui all'articolo

206, in coerenza con i caratteri propri di una previsione secondaria di un regolamento di esecuzione e attuazione.

8.3. Allo stesso modo, non è plausibile che il combinato disposto dagli articoli 121 e 339 di quel Regolamento sia da intendere (come assunto da RFI) nel senso che l'obbligo di identificare criteri di determinazione delle offerte anomale (e la correlativa possibilità di ricorrere a ulteriori e diversi criteri) valga solo quando il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso (ipotesi richiamata dall'articolo 86, comma 1) e non anche quando il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A parte che le norme secondarie non possono disattendere quelle primarie e che quelle primarie depongono esaustivamente nei sensi anzidetti, vale osservare in contrario che l'obbligo qui contestato da RFI non deriva dalle previsioni di cui agli articoli 121 e 339 del Regolamento, bensì dalla inequivoca previsione di cui al richiamato articolo 206, comma 1.

9. A conclusioni non dissimili da quelle sin qui delineate si perviene anche dal punto di vista delle finalità della legge di settore.

La disciplina delle gare pubbliche nei cc.dd. 'settori speciali' di rilevanza comunitaria attraverso disposizioni - anche procedurali - di minore intensità viene usualmente giustificata con riferimento alle caratteristiche di fatto di tali settori, vale a dire: i) dal fatto che gli operatori di tali settori sono notevolmente influenzati dai soggetti pubblici, vertendosi normalmente di attività corrispondenti a servizi pubblici; ii) dal fatto che gli ambiti in cui essi operano sono caratterizzati da un grado di concorrenzialità meno accentuato di quello dei cc.dd. 'settori ordinari'.

Ma una tale attenuazione del rigore del procedimento dev'essere coerente - proprio per quella caratteristica situazione di fatto cui occorre fare fronte - con la garanzia di un maggior livello di concorrenzialità; non già con un ulteriore abbassamento in sicurezza dei concorrenti e in trasparenza della procedura; sicché risulterà ingiustificata se, contro questa logica, viene estesa sino a derogare in toto alle ordinarie disposizioni di garanzia del miglior

livello qualitativo dei concorrenti: le peculiarità dei cc.dd. 'settori speciali' non giustificano tale tipi di attenuazione di garanzie.

Riconducendo questi principi alle peculiarità del caso in esame, non troverebbe giustificazione l'ammettere per i 'settori speciali' una deroga totale alle disposizioni ordinarie in tema di identificazione delle soglie di anomalia. Si attribuirebbe un sostanziale arbitrio in capo agli enti aggiudicatori circa il riferirsi a regole precostituite dalla legge (come quelle dell'art. 86, commi 1 e 2) od esternate con il bando, con l'effetto di un'alterazione arbitraria delle condizioni di base della buona concorrenza nel mercato costituito dalla singola gara (sul punto – ex multis -: Cons. Stato, sent. 11 maggio 1998, n. 226).

L'esigenza della miglior qualificazione, e dunque della miglior esecuzione (che caratterizza i contratti dei 'settori speciali' non meno di quelli dei settori ordinari) è tanto più rilevante quando – come nel caso in esame – l'appalto abbia ad oggetto interventi idonei ad incidere in modo rilevante sul bene primario della sicurezza dei viaggiatori del servizio pubblico ferroviario.

10. Né può ritenersi idonea a soddisfare le esigenze di tutela sottese alle richiamate disposizioni codicistiche la sola e diretta applicazione dell'articolo 86, comma 3, del Codice (secondo cui "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa").

Si osserva che nel caso in esame l'ente aggiudicatore non ha ravvisato l'esigenza di procedere alla verifica, nonostante l'aggiudicataria avesse offerto un ribasso di gara particolarmente significativo (pari al 40,37 per cento sull'importo a base d'asta).

Non si può ritenere questa scelta possa essere giustificata dal duplice rilievo: i) dell'adeguata conoscenza del mercato da parte dell'aggiudicataria; ii) della continuità con quanto già operato in relazione a precedenti, similari affidamenti.

Quanto al primo aspetto, infatti, è evidente che la conoscenza del mercato da parte dell'offerente non rappresenti ex se un'adeguata garanzia circa la complessiva congruità dell'offerta in concreto formulata.

Quanto al secondo aspetto è evidente che la perpetuazione nel corso del tempo di un contegno non condivisibile non valga ex se ad elidere i relativi profili di illegittimità.

11. Per motivi del tutto connessi a quelli appena esposti non può giungersi a conclusioni diverse alla luce delle ulteriori considerazioni (essenzialmente di carattere tecnico) addotte dalla Ansaldo alle pagine 19-25 dell'atto di appello. Questi argomenti dell'aggiudicataria/appellante intendono supportare una complessiva congruità e attendibilità dell'offerta presentata in gara (e, in via mediata, la correttezza dell'operato dell'ente aggiudicatore, che ha ritenuto di non procedere alla verifica di anomalia).

E' evidente però che tali argomenti non possano corroborare ex post la correttezza del modus procedendi tradottosi: i) nella mancata adesione ai meccanismi legale di individuazione delle offerte anomale; ii) nella mancata individuazione di meccanismi alternativi ai primi, nonché comunque iii) alla mancata sottoposizione dell'offerta dell'aggiudicataria a verifica ai sensi del più volte citato articolo 86, comma 3.

12. Non può giungersi a conclusioni diverse da quelle richiamate, sulla scorta dell'orientamento per cui la scelta di non avvalersi della verifica di anomalia di cui all'articolo 86, comma 3 costituisce esercizio di lata discrezionalità amministrativa e non richiede un'espressa motivazione (viene richiamata al riguardo – ex multis -: Cons. Stato, III, 3 luglio 2015, n 3329).

Al riguardo vale osservare che il richiamato orientamento risulta condivisibile quando l'offerta, della cui congruità si tratta, risulti già favorevolmente sottoposta ai criteri di cui al richiamato articolo 86, commi 1 e 2 (si da rendere non necessario il ricorso alla verifica facoltativa di cui al comma 3).

Ma il medesimo orientamento non può essere condiviso laddove (come proposto dalle appellanti) l'adesione comporti la possibilità che l'amministrazione ometta in radice sia il ricorso alle verifiche necessarie, sia a quelle facoltative, in entrambi i casi adducendo il legittimo esercizio di valutazioni discrezionali.

13. E ancora non può giungersi a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate alla luce delle previsioni del Disciplinare di gara (secondo cui "RFI si riserva la facoltà di valutare le offerte con assoluta libertà e di pervenire o meno all'accettazione della migliore, senza che gli offerenti possano vantare alcunché al riguardo.

Le offerte che, in base a una valutazione della stazione appaltante, dovessero apparire anormalmente basse (nel senso di potenzialmente affette da anomalia) rispetto ai lavori oggetto della procedura di gara, saranno assoggettate a verifica di congruità").

13.1. Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che la richiamata prescrizione sembrava ribadire (peraltro, con formulazione non chiarissima) la facoltà per l'ente aggiudicatore di avvalersi della verifica facoltativa di congruità di cui all'articolo 86, comma 3;*
- che la stessa non presentava, al contrario, argomenti per ritenere che RFI potesse legittimamente evitare sia di fare ricorso ai criteri di determinazione legale dell'anomalia delle offerte (articolo 86, commi 1 e 2) sia di individuare ulteriori e diversi criteri finalizzati a tale determinazione;*
- che, in definitiva, il richiamo alla predetta clausola della legge di gara non apporta elementi determinanti ai fini del decidere e – anzi – risulta a tal fine sostanzialmente 'neutro'.*

14. Le osservazioni di carattere testuale, sistematico e teleologico sin qui svolte risultano ex se idonee a confermare la reiezione del ricorso, senza che si renda necessario esaminare gli ulteriori argomenti (invero, di tenore non dirimente) rinvenienti dall'articolo 133 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo Codice degli appalti pubblici)

15. Non possono infine trovare accoglimento i motivi (invero di contenuto analogo) con cui Ansaldo e RFI hanno chiesto la riforma della sentenza quanto meno per la parte in cui ha disposto l'integrale annullamento della procedura invece di imporre l'effettuazione 'ora per allora' della verifica di anomalia.

15.1. Al riguardo vale osservare:

- che il disposto annullamento non concreta il lamentato vizio di ultrapetizione, costituendo la coerente e necessaria conseguenza dell'accoglimento di un motivo di ricorso avverso un aspetto fondante della disciplina di gara;
- che non è pertinente il richiamo ai limiti decisorii dell'articolo 121 Cod. proc. amm., atteso che la decisione impugnata non ha statuito in modo espresso sull'efficacia del contratto. La disposizione richiamata è quindi citata in modo non congruo;
- che la mancata determinazione ex ante di criteri (legali o autonomamente individuati) per l'individuazione delle offerte anomale, risultando potenzialmente idonea a consentire la partecipazione da parte di concorrenti potenzialmente passibili di esclusione, non consentirebbe una sorta di sanatoria postuma quale quella invocata dalle appellanti;
- che, pur comprendendosi le ricadute connesse alla caducazione della procedura, deve ancora una volta sottolinearsi l'esigenza fondamentale che gare di grande importanza non solo per il valore e per le dotazioni infrastrutturali, ma anche per la sicurezza dei viaggiatori, siano ab initio informate a criteri di congrua e adeguata garanzia procedimentale: l'ordinamento delle gare pubbliche, con i suoi chiari principi concorrenziali di immediata impronta europea, non può ammettere in concreto rotture delle regole che assicurano la trasparenza e la correttezza del mercato, quali aggiustamenti in itinere, in negazione delle necessarie e indeclinabili garanzie procedurali e di tutela della sicurezza;

- che non è qui utilmente invocato il principio per cui l'illegittimità che vizia un singolo segmento procedimentale non può travolgere l'intera procedura: il principio non può essere inteso fino a dare sostanziale irrilevanza a vizi di grande serietà e gravità, relativi alla fase genetica della procedura.

16. Per le ragioni esposte i due ricorsi in epigrafe, previa riunione, vanno respinti.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti in relazione al doppio grado di giudizio, vista anche la peculiarità e parziale novità delle questioni di diritto sottese alla presente decisione.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO