

N. 02220/2014REG.PROV.COLL.
N. 00942/2012 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 942 del 2012, proposto da:
Vidoni S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Biagini, con
domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Roma, via Monte Zebio, N.
30;

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura,
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Ricciardello Costruzioni Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n.
01652/2011, resa tra le parti, concernente esclusione dalla procedura
concorsuale per l'affidamento dei lavori di realizzazione del lotto 4
stralcio 1 della variante di portogruaro ss n° 14 - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;
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 1 aprile 2014 il Cons.
Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Biagini e
l'avvocato dello Stato Figliolia;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso l'appellante chiede l'annullamento della sentenza del Tar Veneto-Venezia che ha respinto il ricorso della Vidoni Spa contro il provvedimento di esclusione della stessa dalla gara indetta dall'Anas per la realizzazione del lotto 4 stralcio 1 della variante di Portogruaro ss n° 14 e quello di aggiudicazione dei lavori alla ditta Ricciardello Costruzioni Srl.

La Vidoni Spa, collocatasi terza di cinque in graduatoria per l'aggiudicazione dell'appalto, veniva sottoposta a verifica dell'offerta in quanto giudicata in fumus di anomalia all'esito della quale le venivano richieste ulteriori delucidazioni.

La procedura di verifica si concludeva con esito negativo e la Stazione appaltante provvedeva all'esclusione della Vidoni Spa dalla licitazione privata e all'aggiudicazione, prima provvisoria, e poi definitiva con provvedimento del 22.02.2005, dell'appalto de quo, alla Ricciardello

Costruzioni Srl, odierna controinteressata, prima tra le imprese ad aver presentato un'offerta non anomala.

La sentenza del Tar Veneto era affidata alle considerazioni per cui:

--“... *il sindacato del giudice amministrativo sul procedimento di verifica dell'anomalia non può estendersi alla verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, ove ciò fosse, il giudice invaderebbe una sfera propria della pubblica Amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica*”;

--“ ... *il giudice può anche considerare i singoli elementi o voci dell'offerta, ma non già al fine di valutarne l'eventuale anomalia, bensì solo come elementi concreti suffraganti la verifica della suddetta sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione effettuata dalla pubblica Amministrazione (cfr., da ultimo, CdS, IV, 27.6.2011 n. 3862; V, 22.2.2011 n. 1090)*”;

--“... *per un'offerta non sospetta l'inosservanza dell'onere di fornire le giustificazioni in via preventiva resta affatto irrilevante...* “ ed è “*solo in sede di procedimento di verifica dell'anomalia che vanno esaminate le giustificazioni (cfr. CdS, VI, 11.12.2001 n. 6217)*”;

-- *mentre la stazione appaltante aveva chiesto “...che la concorrente fornisse opportune delucidazioni attinenti ad ogni aspetto e ad ogni elemento della proposta economica da essa formulata, ivi compreso, ovviamente e prioritariamente, il prezzo, la cui congruità si trattava, appunto, di accertare ...il mancato impegno relativamente a tale elemento induce ragionevolmente, pertanto, a ritenere il prezzo esposto dalla ricorrente non attendibile, con conseguente non congruità dell'offerta.”*

Con il presente gravame, sotto due rubriche, l'appellante lamenta in sostanza l'erroneità della decisione e di conseguenza l'illegittimità del

sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta per eccesso di ribasso in quanto la Commissione istruttoria avrebbe erroneamente ritenuto incongrua l'offerta della Vidoni Spa sull'assunto secondo il quale questa non avrebbe adeguatamente giustificato i prezzi di alcuni materiali in sede di chiarimenti.

L'Anas Spa si è ritualmente costituita in giudizio con atto di costituzione formale.

La Ricciardello Costruzioni Srl, ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

Chiamata all'udienza pubblica di discussione del 1° aprile 2014 la causa è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

___1.§. Con un primo motivo, articolato in tre profili, la Società ricorrente denuncia la violazione dell'art. 21, co. 1-bis della L. 109/94 (come novellata dalla L. 166/02) e dell'art. 30, co. 4 della direttiva CEE 93/37 -- *ratione temporis* applicabile al caso de quo -- assumendo che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sarebbe illegittimo perché la Commissione istruttoria avrebbe erroneamente ritenuto non congrua l'offerta della Vidoni Spa sul presupposto della mancata giustificazione dei prezzi relativi alla fornitura delle barriere metalliche, dei cementi e alla biostuoia.

In particolare l'appellante osserva che.

a) Relativamente alle barriere metalliche:

-- le uniche delucidazioni richieste e fornite dall'impresa ricorrente

sarebbero state quelle relative alla qualità dei materiali senza che l'ANAS avesse sollecitato alcun riferimento alla congruità ed attendibilità del prezzo;

-- la successiva richiesta della Commissione istruttoria di comprovare il prezzo sulla base del "rapporto di fornitura" sarebbe poi stata illegittimo perché l'ANAS non avrebbe dovuto chiedere al concorrente di rivelare i propri rapporti contrattuali relativamente al prezzo praticato dal produttore;

-- in ogni caso il mancato adempimento non sarebbe stato assistito dalla sanzione dell'esclusione.

b) Per ciò che concerne la voce "cementi", alla contestazione dell'ANAS circa l'affermata sottostima dei prezzi e al fatto che la ditta Grigolin non fosse un cementificio, l'appellante aveva precisato come il cemento prodotto dalla Superbeton fosse quello richiesto di tipo 325 e 425 secondo l'offerta del 6.7.2004, e come fossero stati prodotti i relativi certificati di conformità.

c) Analogamente, per ciò che concerne i prezzi della biostuoia e l'idoneità tecnica del produttore, illegittimamente l'ANAS non avrebbe tenuto conto del fatto che i materiali commercializzati dalla Tubisystem erano prodotti dalla Greenvision Ambiente che aveva confermato il relativo prezzo.

Con un secondo profilo di gravame, l'appellante denunciava inoltre che il Tar avesse anche errato nel considerare inattendibile l'offerta della Vidoni Spa sul rilievo per cui le analisi di alcune voci di prezzo, e le relative sottoanalisi, non sarebbero state idonee a comprovare

L'affidabilità e la serietà complessiva dell'offerta della ricorrente.

L'assunto va complessivamente disatteso.

Come è noto, l'attendibilità dell'offerta in una gara d'appalto va valutata nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue e avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (cfr. Consiglio di Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162).

Ai sensi degli artt. 86-87 del d.lgs. n. 163/2006 la verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala attiene all'economia ed alla scienza delle costruzioni, e, come tale, ha natura globale e sintetica, vertendo questa sulla serietà, o meno, dell'offerta nel suo insieme e, a tal fine, l'impresa chiamata a dimostrare la non anomalia della propria offerta deve in sostanza dimostrare la corrispondenza tra il prezzo offerto in gara ed il punto minimo di equilibrio economico dell'affare che è collegato alla somma di tutti i fattori di costo, contrattualmente rilevanti, che sono stati posti a base dell'elaborazione del suo "business plan".

In altre parole, le giustificazioni dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia devono consistere nell'illustrazione di tutti gli elementi economici e tecnici che hanno consentito all'operatore economico di praticare proprio quel determinato ribasso.

Infatti, ogni imprenditore, quando deve formulare un prezzo da offrire per l'aggiudicazione di un appalto, effettua una preventiva analisi delle tecniche che dovrà utilizzare per l'esecuzione dell'appalto, di tutti i costi che dovrà sostenere (ad esempio, per i materiali da

impiegare, per i noli dei macchinari necessari, per il personale da utilizzare ecc.) nonché dell'utile da ricavare, tenuto anche conto dell'andamento del mercato. Nella relazione a giustificazione del prezzo, la ditta deve cioè procedere a scomporre il prezzo offerto nelle singole voci prezzo (es. prezzi materiali, manodopera, trasporto, spese generali, assicurazioni, utile d'impresa, ecc.).

Per questo, il controllo di anomalia si concretizza in un giudizio complessivo sull'affidabilità dell'offerta economica complessivamente intesa al fine di verificarne la credibilità, con la conseguenza che il relativo giudizio, costituendo espressione paradigmatica di valutazioni tecniche, è suscettibile di sindacato giurisdizionale solo in caso di deviazione dai canoni di ragionevolezza o di logicità oltre che di vizi procedurali e deficienze motivazionali. (Consiglio di Stato sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785).

E' di conseguenza dunque evidente che, per sua natura, il giudizio sull'uso della discrezionalità tecnica dalla stazione appaltante possa essere sindacato dal giudice solo ed esclusivamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria ed esclusivamente sotto il profilo dell'eccesso di potere. In ogni caso, il giudice non può verificare autonomamente la congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio, non erroneo né illogico, formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di

Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162; Consiglio di Stato sez. IV 30 maggio 2013 n. 2956).

Nel caso di specie, infatti, le giustificazioni addotte circa l'attendibilità del prezzo dei materiali utilizzati non pare potessero realmente superare le perplessità della stazione appaltante sulla congruità dei prezzi delle barriere metalliche, ed è altrettanto evidente la mancata giustificazione anche dei prezzi del cemento e della biostuoia.

Anche con riguardo a tali materiali, infatti, la Vidoni Spa si limitava a precisarne la qualità evidenziando l'impegno delle fornitrici a rendere disponibile i materiali in questione in conformità con la normativa di settore senza però comprovare la congruità del prezzo offerto dalla fornitrice.

Inoltre, del tutto errata ed irrilevante è l'argomentazione formulata dalla Vidoni Spa circa l'assenza di una specifica norma di gara ovvero di una puntuale richiesta circa i giustificativi del prezzo dei materiali forniti.

Di qui l'esattezza della decisione sul punto.

___ 2.§. Per il medesimo ordine di considerazioni sostanziali che precedono deve essere parimenti disatteso il secondo motivo di appello con cui la Vidoni spa lamenta l'illegittimità dell'esclusione e l'aggiudicazione alla controinteressata anche sulla base del fatto che le analisi e le sottoanalisi di alcune voci di prezzo (nello specifico: costo per l'impiego dei rulli per il costipamento del materiale, costo del varo delle strutture in acciaio e costi per le prove poste a carico dell'esecutore) non erano apparse idonee a comprovare l'affidabilità e

la serietà complessiva dell'offerta presentata atteso che la riscontrata legittimità anche di un solo rilievo formulato dalla commissione sarebbe andata ad aumentare i costi, senza poter essere assorbita dall'utile, in quanto la misura indicata non avrebbe ammesso alcuna diminuzione.

Nel caso in esame, deve dunque escludersi che il TAR abbia erroneamente concluso per la legittimità del giudizio di valutazione dell'anomalia, in quanto, a fronte alle generiche ed inconferenti considerazioni della società, deve negarsi che siano complessivamente riscontrabili nel caso macroscopiche illogicità, gravi errori di calcolo, evidenti discrasie nelle stime o comunque valutazioni assolutamente abnormi o affette da errori di fatto.

___ 3.§. In conseguenza deve essere respinta l'istanza di risarcimento:

-- del danno emergente, in forma equivalente, ai sensi degli artt. 122-124 del dlgs. 104/2010, in relazione alla asserita sussistenza del requisito della colpa della P.A., del nesso di causalità tra evento lesivo e della violazione di legge.

-- del danno lucro cessante da perdita della possibilità di aggiudicazione e del danno curriculare, oltre alla richiesta di rivalutazione monetaria delle somme e dei relativi interessi.

L'assunto va respinto.

L'art. 30 c.p.a. II co., che disciplina espressamente la risarcibilità degli « interessi legittimi », richiama -- e presuppone -- esclusivamente l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

Al contrario, in casi di azione amministrativa legittima (cfr. Consiglio

di Stato sez. IV 31 maggio 2012 n. 3262; Consiglio Stato sez. VI 18 agosto 2009 n. 4958, ecc.) deve escludersi la configurabilità:

-- della “colpa” dell'Amministrazione, per l'assenza di una condotta antigiuridica;

-- dell' “ingiustizia del danno” (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 21 ottobre 2013 n. 5106).

La legittimità del provvedimento preclude quindi ogni possibilità di far luogo al riconoscimento del danno da “atto legittimo” al di fuori dei casi direttamente individuati dall'ordinamento comunitario (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 12 febbraio 2013, n. 829; idem Consiglio di Stato sez. IV 07 luglio 2011 n. 4072, ecc.).

In conseguenza della riconosciuta legittimità dei provvedimenti impugnati in prime cure, non sussistono i requisiti né dell'ingiustizia del danno né della colpa dell'amministrazione.

Da qui l'infondatezza di tutte le richieste di risarcimento dei danni.

___ 4.§. In conclusione l'appello deve essere respinto e per l'effetto la sentenza impugnata deve essere integralmente confermata.

Le spese possono tuttavia essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___ 1. respinge l'appello di cui in epigrafe.

___ 2. spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 aprile 2014
con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2014

IL SEGRETARIO

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