



REPUBBLICA ITALIANA
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 2054 del 2011, proposto da:

Paggi Adelmo S.r.l. in proprio e quale Mandataria R.T.I., rappresentato e difeso dagli avv. Federico Cappella, Gregorio Critelli, con domicilio eletto presso Federico Cappella in Roma, via Antonio Bertoloni, N.35; Rti Forti S.r.l. e in Proprio, rappresentato e difeso dall'avv. Vittorio Biagetti, con domicilio eletto presso Vittorio Biagetti in Roma, via A.Bertoloni N.35;

contro

Anas S.p.A., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Effeser S.r.l. in proprio e quale Cg Mandataria Ati, Ati Eurostrade S.r.l. e in Proprio, Lauro S.p.A., Consorzio Stabile Aries Sc A Rl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 37428/2010, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di messa in sicurezza mediante formazione di galleria artificiale - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;

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 3 dicembre 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti l'Avv. Cappella e Avvocato dello Stato Giacobbe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame l'ATI appellante, classificatasi al primo posto della graduatoria per l'affidamento dei lavori dell'appalto relativo ai lavori di messa in sicurezza, mediante formazione di galleria artificiale al km 141+700, della SS n. 33 del "Sempione" in località Iselle di Traquera, impugna la sentenza con cui è stato dichiarato inammissibile,

per l'azione impugnatoria ed infondato per l'azione risarcitoria il suo ricorso diretto avverso l'esclusione della sua offerta perché anomala.

L'appello è affidato alla denuncia di quattro rubriche di gravame relative rispettivamente: all'erroneità della declaratoria della pretesa tardività; all'illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia nei suoi confronti; dell'illegittimità dell'ammissione della controinteressata ATI Effeser; e della reitera della richiesta di risarcimento.

L'Anas spa si è costituita in giudizio con memoria e documenti, contestando nel merito la fondatezza del gravame sotto tutti i suoi profili.

Le altre imprese controinteressate non si sono costituite in giudizio.

Con memoria del 6 dicembre 2012, e con la successiva memoria di replica nell'udienza pubblica, l'appellante ha insistito nelle proprie argomentazioni.

Chiamata all'udienza pubblica del 3 dicembre 2013, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

L'appello è infondato.

___1.§. Con il primo motivo di gravame l'appellante sottolinea l'erroneità della declaratoria di irricevibilità del suo ricorso che il TAR avrebbe erroneamente fondato sul presupposto per cui l'ATI ricorrente srl Paggi Adelmo, in persona del suo rappresentante, avrebbe conosciuto la sua esclusione fin dalla seduta del 13.11.2009; ovvero comunque al 18.11.2009, giorno nel quale la detta mandataria aveva presentato una circostanziata istanza di accesso in cui si specificava che "*in data 13.11.2009 nella seduta pubblica veniva comunicata l'aggiudicazione all'ATI Effeser srl-Eurostrade srl e l'esclusione per inaffidabilità dell'offerta della scrivente*".

Al contrario per l'appellante tali circostanze sarebbero state irrilevanti perché:

-- il soggetto incaricato dall'ATI di partecipare alla seduta pubblica di gara non avrebbe avuto alcun titolo per rappresentare legalmente l'odierna appellante non rivestendo una specifica carica sociale e non essendo dotato di una valida delega;

-- gli atti della commissione di gara avrebbero un mero carattere endoprocedimentale ed assumerebbero efficacia esterna solamente con l'approvazione della stazione appaltante;

- l'amministrazione non avrebbe mai effettuato la comunicazione prescritta dall'articolo 79, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006;

-- l'impugnazione sarebbe invece stata tempestiva con riferimento alla comunicazione l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata.

L'assunto va respinto.

Come la giurisprudenza più recente ha costantemente ripetuto, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, assume rilevanza l'effettiva piena conoscenza di tale provvedimento, ancorché sia acquisita in fase di seduta pubblica anteriormente alla formale comunicazione di cui all'art. 79 comma 5 lett. b) D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163. Ciò perché l'art. 79 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dall'art. 2 comma 1 D.L.vo 20 marzo 2010 n. 53, se risponde al fine di garantire piena conoscenza e certezza della data di conoscenza in relazione agli atti segnatamente esclusioni ed aggiudicazione della gara, non prevede forme di comunicazione "esclusive" o "tassative", e consente che la piena conoscenza dell'atto sia acquisita con altre forme, ovviamente con onere di prova a carico di chi eccepisce l'avvenuta piena conoscenza con forme diverse da quelle tipiche prescritte.

In sostanza l'art. 79 cit. non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione -- dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto -- di cui all'art. 120 comma 5 Cod. proc. amm. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III 22 agosto 2012

n.4593; Cons. Stato, Sez. VI 13 dicembre 2011 n. 6531).

In relazione alle pregnanti esigenze di particolare celerità e di certezza del diritto dei procedimenti di gara -- che sono alla base delle speciali regole amministrative e giurisdizionali in materia -- si deve ritenere necessario che, al fine di individuazione del termine decadenziale di impugnazione, si faccia precipuo riferimento al momento di piena conoscenza comunque acquisita dell'atto.

Per la piena conoscenza degli atti di gara da parte di un'impresa è dunque sufficiente che alla seduta della Commissione giudicatrice sia presente un soggetto che -- a prescindere dal conferimento di specifica e valida delega ovvero dal esercitare una specifica carica sociale -- si qualifichi come rappresentante della stessa e ed, in conseguenza, venga indicato così nel relativo verbale. Ciò perché in tale veste egli ha comunque la possibilità di presentare osservazioni, contestazioni, o comunque di far luogo a specifiche iniziative a tutela delle ragioni dell'impresa a fronte delle specifiche determinazioni assunte dall'organo di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V 14 maggio 2013 n. 2614).

In ogni caso è dunque evidente che nella specie, l'impresa aveva avuto l'effettiva conoscenza dell'esclusione se non al 13.11.2009 sicuramente al 18.11.2009, giorno nel quale la predetta Paggi Adelmo srl. aveva presentato una circostanziata istanza di accesso.

In conseguenza il motivo è infondato e per l'effetto l'impugnata declaratoria di inammissibilità appare del tutto corretta.

___ 2.§. L'accertata tardività del gravame comporta il conseguente consolidamento della legittimità dell'esclusione e quindi deve prescindere dall'esame delle censure relative all'illegittimità della declaratoria dell'anomalia della sua offerta di cui alla seconda censura (ma al riguardo vedi *amplius* il punto che segue) e dell'ammissione della controinteressata ATI Effeser di cui alla terza censura.

___ 3.§ Residua infine la richiesta risarcitoria relativa rispettivamente del danno emergente pari a € 10.000; -- al lucro cessante pari al 10% dell'ammontare dell'appalto per €. 769.773,71; -- al danno curriculari pari al 3% dell'ammontare dei lavori per € 230.932,11.

La domanda va respinta.

In linea generale si ricorda che l'art. 30 c.p.a. II co. prevede infatti la risarcibilità degli «interessi legittimi» richiamando -- e presupponendo -- l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. Invece nei 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".

Anche la disposizione di cui all'art. 34, III° co, del c.p.c. consente di pronunciare una sentenza di condanna risarcitoria solo previo l'accertamento dell'illegittimità dell'atto.

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

Ciò premesso, la declaratoria dell'irricevibilità del gravame non integrando un accertamento sulla legittimità della sua esclusione impone che - ai soli fini risarcitori -- debba comunque essere esaminata la seconda censura.

Con tale mezzo la ricorrente Piaggi Adelmo lamenta l'illegittimità della valutazione dell'anomalia: nei suoi confronti non sarebbe stato adottato lo stesso "modus procedendi" utilizzato nei confronti della controinteressata.

Mentre la sua offerta sarebbe stata ritenuta anomala dall'amministrazione (per l'asserita carenza dell'indicazione dei costi dei mezzi costati relativi alla pala caricatrice, alla piegatrice e troncatrice); le analoghe e gravi carenze contestate anche alla controinteressata EFFESER sarebbero state superate consentendo alla predetta ATI la riformulazione di singoli prezzi unitari per manodopera, mezzi, discariche, trasporti, ecc. La commissione avrebbe addirittura provveduto a rettificare d'ufficio i costi della manodopera, i costi dei macchinari, i valori dei materiali impiegati, nella tabella che l'ATI Effeser non avrebbe prodotto completa come prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara (a pagina 10 lettera E),

Al contrario si deve osservare che, come è noto, in materia di sindacato sulla legittimità della verifica dell'anomalia, il giudice deve solo stabilire se la stazione appaltante sia incorsa in qualche errore o illogicità manifesta e se l'offerta risulti nel suo complesso affidabile, e non può anche spingersi a sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 30/05/2013 n. 2956; Consiglio di Stato sez. VI 20/09/2013 n. 4676).

Nel caso si deve ricordare in punto di fatto che l'offerta della ricorrente pari al 31,696 % era superiore di quasi il 10% rispetto a quella dell'EFFESER che aveva offerto un ribasso del 21,98%.

A fronte di una tale differenza di prezzo del tutto inconferenti sono le pretese illegittimità differenti valutazioni dell'offerta della controinteressata in primo grado, perché comunque non renderebbe congrua l'offerta dell'appellante.

Non si ravvisano dunque reali motivi sulla legittimità della valutazione dell'anomalia dell'offerta della Paggi Adelmo srl. e quindi sulla legittimità della sua esclusione.

In conseguenza della legittimità dell'esclusione deve quindi essere esclusa la risarcibilità del danno, non sussistendo ai sensi dell'art. 30 II co. c.p.a.i prescritti requisiti dell'ingiustizia del danno e della colpa dell'amministrazione.

___ 4. In conclusione l'appello è infondato. Per l'effetto deve essere confermata la declaratoria della tardività del gravame affermata nella sentenza di primo grado e deve altresì essere respinta la domanda risarcitoria.

Le spese, secondo le regole generali seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

___ 1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto;

___ 2. Respinge la domanda risarcitoria.

___ 3. Condanna l'appellante al pagamento delle spese che vengono liquidate in € 3.000,00 oltre all'IVA ed alla CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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