

Publicato il 25/10/2021

N. 07141/2021REG.PROV.COLL.
N. 01727/2021 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 in appello iscritto al numero di registro generale 1727 del 2021,
proposto da

Acqua Pubblica Sabina s.p.a., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione, Maria Ferrante e
Adriano Cavina, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di
Giustizia;

contro

CEG Elettronica Industriale s.p.a., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Fagotti, con domicilio digitale
come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Telmes s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dall'avvocato Francesco Nanula, con domicilio digitale come da PEC tratta
dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma, sez. II, n. 1777/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CEG Elettronica Industriale s.p.a. e di Telmes s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Claudio Guccione e Alessandra Fagotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 18 maggio 2020 Acqua Pubblica Sabina s.p.a. (da questo momento solamente ASP s.p.a.) indiceva una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, per *“l'affidamento di un accordo quadro ex articolo 54 d.lgs. n. 50/2016 avente per oggetto la fornitura di quadri elettrici di varie tipologie”*, da installare sugli impianti di depurazione gestiti in qualità di società *in house* dell'A.t.o. 3 - Lazio centrale Rieti.

1.1. Oggetto di fornitura erano dieci diverse tipologie di quadri elettrici (descritti in tabella riportata nel capitolato tecnico e identificati con le lettere da a “A” ad “L”).

All'articolo 5 del capitolato tecnico per ogni tipologia di quadro elettrico era specificata la quantità stimata della fornitura, il prezzo unitario e il conseguente prezzo complessivo stimato ai fini della determinazione dell'importo a base di gara.

L'articolo 8 del disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti offrissero un unico ribasso percentuale da applicare sui prezzi unitari indicati per ciascuna tipologia di quadro, cosicché la stazione appaltante avrebbe remunerato ogni

tipologia di quadro sulla base del relativo prezzo unitario al netto del ribasso offerto dall'aggiudicatario.

1.2. Alla gara prendevano parte undici concorrenti tra i quali CEG Elettronica Industriale s.p.a. (da questo momento solo CEG s.p.a.) e Telmes s.r.l.; espletate le operazioni di gara, Telmes s.r.l. risultava prima graduata con un ribasso del 51,334%, CEG s.p.a. seconda graduata con un ribasso del 40,415%.

La prima graduata, per aver superato con la sua offerta la soglia di anomalia calcolata ai sensi dell'articolo 97, comma 2 – *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, era sottoposta a verifica di anomalia; con nota del 10 luglio 2020 ASP invitava Telmes a produrre spiegazioni in relazione alle singole voci di costo che avevano portato all'elaborazione dei prezzi offerti, e segnatamente, in relazione alla manodopera, ai materiali e forniture, ai mezzi d'opera o noli, agli oneri della sicurezza aziendali, alle spese generali e infine all'utile d'impresa; a tal fine forniva all'impresa delle schede da compilare attraverso le quali dar conto dei prezzi offerti per le principali tipologie di quadri elettrici identificati con le lettere "A", "D" e "L".

Acquisite le giustificazioni di Telmes, ASP riteneva congrua l'offerta e con provvedimento del 7 agosto 2020 le aggiudicava definitivamente l'appalto.

1.3. CEG s.p.a., ricevuta comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione il 7 agosto 2020, presentava nella stessa data istanza di accesso "*agli atti del procedimento in oggetto*", individuata come la procedura di gara alla quale aveva partecipato.

L'istanza, acquisita al protocollo di ASP il 10 agosto, era riscontrata con nota del 24 agosto 2020 con la quale venivano trasmessi "*anche in un'ottica di massima trasparenza e collaborazione*" i verbali di gara da 1 a 5, con la specificazione che "*per quanto concerne la restante documentazione afferente agli atti di gara, la stessa è caricata e può essere consultata nell'apposita sezione di gara presente sulla piattaforma telematica Tuttogare*" e ulteriormente precisando che l'istante, qualora avesse avuto ulteriori necessità di accesso documentale, avrebbe dovuto indicare

nella relativa richiesta in maniera dettagliata gli atti e i documenti dei quali domandava l'ostensione così come stabilito dalla legge n. 241 del 1990 e dal d.P.R. n. 184 del 2006.

1.4. Con successiva pec del 1° settembre 2020 CEG s.p.a. domandava l'ostensione di ulteriori documenti e precisamente: la relazione dell'aggiudicataria trasmessa alla stazione appaltante in fase di giustificazione dell'anomalia (in quanto espressamente richiamata nel verbale numero 5 quale motivazione della decisione di aggiudicazione), nonché il documento sintetico prodotto dal r.u.p. per la definitiva assegnazione della gara a conclusione della procedura di verifica dell'anomalia.

1.5. La stazione appaltante, dopo aver dato notizia della istanza di accesso agli atti alla controinteressata ed avere da questa ricevuto opposizione all'ostensione, negava la documentazione integrativa richiesta proprio in ragione dell'opposizione della controinteressata che era detta *“fondata sul contenuto riservato e confidenziale della relazione presentata in sede di verifica dell'anomalia, in quanto recante segreti commerciali e industriali (know how)”*.

1.6. Seguiva un'ulteriore istanza di accesso inviata da CEG s.p.a. a mezzo pec il 6 ottobre 2020 di contestazione delle motivazioni del diniego opposto e specificazione del fatto che l'accesso era *“preordinato alla verifica della legittimità dell'operato posto in essere nell'ambito dell'attività correlata allo svolgimento della procedura di evidenza pubblica”*.

Con nota del 9 ottobre 2020, la stazione appaltante acconsentiva, infine, all'accesso all'ulteriore documentazione richiesta, non mancando, peraltro, di precisare che la seconda richiesta di accesso risultava essere *“del tutto generica ed esplorativa”*, insuscettibile di essere qualificata quale *“accesso difensivo”* e, quindi, recessiva rispetto all'opposizione del controinteressato e che solo nell'ultima istanza era stato specificato che l'acquisizione dei documenti, essendo diretta a valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante, era formulata ai fini della difesa giurisdizionale degli interessi della seconda graduata.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio notificato il 7 novembre 2020 CEG s.p.a. impugnava il provvedimento di aggiudicazione censurando la valutazione di congruità dell'offerta cui era giunta la stazione appaltante al termine della procedura di verifica dell'anomalia in quanto i costi dei materiali necessari alla composizione del quadro elettrico erano stati documentati in maniera generica e comunque inattendibile, ed inoltre, nell'elaborazione del prezzo unitario di fornitura offerto non erano state quantificate ulteriori voci di costo per l'espletamento della fornitura quali i costi per i collaudi, per le ore di ingegneria elettrica e software per gli imballaggi.

Si costituivano in giudizio ASP s.p.a. e Telmes s.r.l. che, dopo aver proposto eccezione di irricevibilità del ricorso in quanto tardivamente proposto, concludevano per il rigetto delle domande articolate dalla ricorrente.

2.1. Il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione seconda *bis* del 12 febbraio 2021 n. 1777, respinta l'eccezione di irricevibilità, accoglieva il ricorso e per l'effetto annullava l'aggiudicazione impugnata ai fini della ripetizione del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta; dichiarava, poi, inefficace il contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria.

Il tribunale:

- si diceva consapevole dell'orientamento giurisprudenziale per il quale la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità dell'amministrazione sindacabile solamente nei limiti della manifesta irragionevolezza o illogicità o erroneità dei presupposti, ma riteneva che le censure articolate dalla ricorrente fossero rivolte ad evidenziare lacune di fatto nel procedimento di anomalia e, dunque, l'insufficienza motivazionale per erroneità o comunque incompletezza o inaffidabilità oggettiva degli elementi giustificativi, e che, così esattamente qualificate, le suddette censure fossero ammissibili anche aderendo al più rigoroso orientamento circa i limiti del giudizio amministrativo sull'anomalia dell'offerta;

- riteneva infondato l'argomento difensivo della stazione appaltante secondo la cui nella valutazione della congruità dei costi per i quadri elettrici offerti non si potesse procedere ad analisi frammentata dei singoli elementi di costo per ciascun componente, trattandosi di gara rivolta a determinare un elenco di prezzi con ribasso da determinarsi “a corpo”, in quanto l'analisi del prezzo complessivo offerto non poteva prescindere dagli elementi interni componenti la fornitura essendo questa attinente a prodotti eterogenei e con diverse finalità come tali con diversa incidenza sull'equilibrio complessivo del contratto;
- giudicava fondata la censura con la quale la ricorrente diceva irragionevole la scelta della stazione appaltante di non richiedere, in sede di giustificazioni, di esporre i costi per la fornitura del prodotto “T” (quadro per impianto di depurazione 2000 A con PLC a bordo previsto in possibile fornitura di sei unità per un valore ciascuno di euro 53.229,65) essendo l'ammontare complessivo stimato della fornitura di questo prodotto equivalente a quella prevista per la fornitura del quadro “L” e maggiore di quella per la fornitura del quadro “A”;
- giudicava altresì fondata anche l'ulteriore censura con la quale si contestava l'adeguatezza dei riscontri forniti dall'offerente in merito alle modalità con le quali era giunta a determinare il prezzo offerto: si trattava, in particolare, di un prezzario e di una fattura omnicomprensiva della società Acmei Sud: quanto a quest'ultima, aveva ad oggetto la fornitura di componenti tecniche suddivise in una ampia pluralità di voci delle quali solo una minima parte era riferibile alla componentistica propria dei quadri da fornire in esecuzione dell'accordo quadro oggetto di gara, senza contare poi che i prezzi ivi esposti risultavano superiori a quelli che i medesimi fornitori praticavano alla ricorrente con conseguenze irragionevolezza interna della motivazione di non congruità;
- aggiungeva che il giudizio di non anomalia era intrinsecamente insufficiente poiché non v'era corrispondenza tra i prezzi dei componenti riportati nelle giustificazioni e gli elementi costitutivi del computo metrico relativo alla

composizione del quadro di riferimento, per cui l'offerente non risultava aver dato giustificazione del prezzo di tutti i singoli componenti tecnici che costituivano nel loro insieme gli elementi per la composizione del quadro;

- era, invece, ritenuto infondato il ricorso nella parte in cui si lamentava che in sede di giustificazioni la stazione appaltante non avesse richiesto di specificare ulteriori costi oltre ai prezzi dei componenti dei quadri da fornire poiché le spiegazioni che aveva fornito la stazione appaltante e la controinteressata in sede di gara consentivano di ritenere a giusta ragione tali costi già compresi nell'ambito di altre voci di costo indicate in sede di giustificazione.

3. Propone appello ASP s.p.a.; si sono costituite CEG s.p.a. e Telmes s.r.l..

Le parti hanno depositato memoria ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 23 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello ASP s.p.a. lamenta l'erroneità della sentenza impugnata per *“Error in procedendo ed error in iudicando, per non aver rilevato l'irricevibilità del ricorso in primo grado. Travisamento degli atti e dei fatti di causa. Illogicità e contraddittorietà. In subordine: questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione”*: il giudice di primo grado aveva ritenuto validamente proposta la prima istanza di accesso della ricorrente sebbene non contenesse alcuna indicazione degli atti da ostendere (né era fatto alcun riferimento alle giustificazioni rese dall'aggiudicataria in corso di verifica di anomalia sulle quali, poi, la ricorrente avrebbe incentrato i motivi di ricorso): il ritardo con il quale aveva conosciuto le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria, e, di conseguenza, la dilazione temporale con la quale aveva proposto il ricorso era imputabile unicamente alla condotta di CEG s.r.l. e, dunque, non giustificabile, poiché, secondo l'insegnamento della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12 del 2020, è riconosciuta la dilazione del termine per impugnare il provvedimento di aggiudicazione ex art. 120,

comma 5, cod. proc. amm. solo in presenza di tempestiva e valida istanza di accesso.

1.1. L'appellante contesta ulteriormente la sentenza di primo grado per aver ritenuto che, ricevuta la seconda istanza di accesso della CEG s.p.a. in cui era espressamente richiesta l'ostensione delle giustificazioni, fosse suo dovere trasmetterle immediatamente, senza tener conto dell'opposizione dell'aggiudicataria; il giudice non avrebbe considerato, da un lato, che (anche la seconda) l'istanza di accesso non specificava l'interesse sotteso all'ostensione (in violazione dell'art. 5 d.P.R. n. 184/2006) né rappresentava la potenziale anomalia dalla quale si supponeva fosse affetta l'offerta di Telmes, e, dall'altro lato, che quest'ultima si era opposta con articolate argomentazioni fondate (non solo sulla genericità e mancanza di motivazione dell'istanza, ma anche) sul contenuto riservato e confidenziale delle giustificazioni, in quanto contenenti segreti commerciali e industriali.

2. Il motivo è infondato: il tribunale ha correttamente ritenuto che il ricorso di CEG s.p.a. fosse stato tempestivamente proposto.

2.1. Preliminarmente, va rammentato che la questione del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è stata affrontata e risolta dall'Adunanza plenaria con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12, mediante la individuazione di momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, in considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione della decorrenza dei termini per ricorrere *“continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla “informazione” e alla “pubblicizzazione” degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una “richiesta scritta” per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del “secondo codice” applicazione per identità di ratio anche all'accesso informale”*.

Più precisamente, ai fini che interessano al presente giudizio, l'Adunanza plenaria ha specificato che nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se *“i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”*.

2.2. La tesi dell'appellante, però, è che detta dilazione temporale sia concessa a condizione che l'istante abbia presentato un'istanza dettagliata, nella quale, cioè, siano esattamente indicati gli atti, tra tutti quelli della procedura evidenziale, dei quali intenda ottenere conoscenza.

2.3. Che l'istanza di accesso con la quale l'operatore economico, che abbia preso parte ad una procedura di gara non risultandone aggiudicatario, domandi l'ostensione degli atti della procedura debba contenere la dettagliata elencazione degli atti d'interesse, e dell'interesse stesso sotteso alla richiesta, va escluso sulla base di una serie di considerazioni.

2.3.1. Come chiarito dall'Adunanza plenaria, nella citata sentenza n. 12 del 2020, l'accesso dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara è il c.d. *accesso informale* previsto dall'art. 5 d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (*Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*); il secondo comma dispone che: *“Il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, dimostrare la propria identità e, ove occorra, i propri poteri di rappresentanza del soggetto interessato”*.

Si tratta di una modalità di accesso ai documenti amministrativi massimamente semplificata considerato (non solo che può essere presentata anche verbalmente) che il richiedente può limitarsi anche solo ad indicare gli elementi essenziali dell'atto cui vuol accedere, spettando poi all'amministrazione la sua esatta identificazione al fine di darvi riscontro, nello spirito di massima apertura dell'amministrazione alle istanze dei privati a garanzia della totale trasparenza della sua azione.

Ne segue che anche il solo riferimento “*agli atti del procedimento in oggetto*”, inteso come la procedura di gara, basta ad onerare l’amministrazione a mettere a disposizione del richiedente tutti gli atti di gara, ivi compresi quelli provenienti dagli altri operatori, come le offerte e le giustificazioni, nel caso si sia svolto il sub-procedimento di verifica dell’anomalia.

2.3.2. S’aggiunga che nel caso di accesso agli atti della procedura dell’operatore economico, secondo graduato, la specificazione dell’interesse a sostegno della richiesta sarebbe del tutto pleonastico poiché non v’è stazione appaltante che non sappia che essa è fatta per verificare la legittimità degli atti della procedura a tutela dell’interesse ad ottenere l’affidamento dell’appalto mediante annullamento, eventualmente anche in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione, e, dunque, in questa ottica, per finalità difensive.

Avvertita di ciò, la stazione appaltante è nondimeno consapevole che l’interesse del richiedente può essere soddisfatto solo mettendogli a disposizione tutti gli atti di gara, e tra questi, specialmente, gli atti che più condizionano l’aggiudicazione, vale a dire le offerte e, per venire all’oggetto del presente giudizio, le giustificazioni rese in sede di anomalia (unici atti, del resto, espressamente nominati dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 12 del 2020 nella trattazione dedicata all’istanza di accesso di gara).

2.3.3. Alla luce delle esposte considerazioni, la stazione appaltante che, a fronte della domanda del concorrente di poter visionare gli atti della procedura cui abbia preso parte, ne sottragga alcuni alla visione con disposizione selettiva motivata unicamente dalla mancata specificazione di essi nell’istanza di accesso tiene un comportamento dilatorio, poiché ostacola senza ragione la piena conoscenza di atti che è sempre dovuta per chi abbia una posizione qualificata come il secondo graduato della procedura evidenziale; senza considerare che, come ampiamente precisato dall’Adunanza plenaria (e dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea in particolare nella sentenza 14 febbraio 2019, causa C-54/18 i cui passaggi l’Adunanza plenaria

ampiamente riporta) il breve termine per proporre impugnazione degli atti di gara previsto dall'art. 120 cod. proc. amm. consente un accesso effettivo alla giustizia se la parte ricorrente è in condizione di potere pienamente attivare il sindacato giurisdizionale, il che può aversi evidentemente solo con la completa conoscenza di tutti gli atti della gara.

2.4. Quel che non è consentito alla stazione appaltante non può essere concesso al privato controinteressato; l'aggiudicatario non può paralizzare l'istanza di accesso agli atti del concorrente assumendo che siano in essi contenuti segreti "*commerciali e industriali*"; la sua opposizione deve essere adeguatamente circostanziata: è indispensabile, cioè, la precisa indicazione dei punti in cui sono contenute le informazioni che si vuol mantenere segrete, nonché la dimostrazione delle ragioni per le quali non vanno diffuse, in coerenza con l'art. 53, comma 5, del codice dei contratti pubblici per il quale "*...sono esclusi dal diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*".

La disposizione citata, con l'aggravio motivazionale in capo al controinteressato, rende palese la preferenza accordata all'accesso agli atti anche se formati dal privato concorrente.

2.5. Nella vicenda in esame, pertanto, a fronte di una iniziativa tempestiva di CEG s.r.l. che ha presentato istanza informale di accesso agli atti della procedura il giorno stesso in cui ha avuto conoscenza del provvedimento di aggiudicazione (il 7 agosto 2020), è imputabile al comportamento dilatorio di ASP s.p.a. – che ha sottratto all'accesso le giustificazioni dell'aggiudicatario, dapprima, soltanto perché non espressamente richieste e, dopo, a fronte di specifica richiesta, dando indebita prevalenza alla generica opposizione di Telmes s.r.l. sull'esigenze difensive della richiedente – lo spostamento temporale con la quale è stato proposto il ricorso giurisdizionale rispetto al trentesimo giorno dalla comunicazione; circostanza questa che, come stabilito

dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 12 del 2020 più volte citata, fa decorrere il termine di impugnazione dal momento in cui l'accesso è avvenuto.

2.6. Con ulteriore censura, però, l'appellante sostiene che, anche a voler seguire il predetto ragionamento, il ricorso proposto da CEG s.r.l. sarebbe comunque irricevibile; ciò perché, anche nel caso di tardiva evasione dell'istanza di accesso, il termine per proporre l'impugnazione non dovrebbe comunque superare i quindici giorni dal momento in cui l'accesso è avvenuto, essendo quest'ultimo il termine entro il quale la stazione avrebbe dovuto, se si fosse ben condotta, dar riscontro all'istanza.

2.7. La tesi contrasta con le chiare indicazioni dell'Adunanza plenaria, la quale ha affermato che il *“principio della piena conoscenza o conoscibilità”* si applica anche nel caso in cui l'esigenza di proporre ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o delle sue giustificazioni in sede di verifica di anomalia *“rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, 2° comma, del “secondo codice”*, con l'ulteriore specificazione che *“Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso “al buio” (...), cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti”* (così testualmente al par. 21 secondo e terzo cpv); poiché null'altro è detto, il termine di impugnazione cui fa riferimento l'Adunanza plenaria non può che essere quello di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 5, cod. proc. amm..

Né, invero, tale conclusione comporta disparità di trattamento tra situazione identiche – e per questa via impone di ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata dei passaggi prima riportati od anche di sollevare questione di legittimità costituzionale – quali sarebbero, da un lato, quella del concorrente cui l'amministrazione abbia tempestivamente – e, dunque, nel termine di quindi giorni dall'accesso *ex art. 76, comma 2, del codice* – dato riscontro, il quale dovrebbe proporre ricorso nel termine di trenta giorni dalla

comunicazione dell'aggiudicazione quale che sia il giorno (dei trenta) in cui abbia ricevuto gli atti, e, dall'altro, quella del concorrente cui l'amministrazione abbia osteso gli atti con immotivato ritardo, che ha a sua disposizione l'intero termine di trenta giorni dall'accesso.

Anche a non voler considerare che non si tratta di situazioni identiche, l'uno avendo avuto tempestivo accesso l'altro no, la prospettazione è errata poiché nel primo caso – istanza tempestivamente proposta e tempestivamente riscontrata – la giurisprudenza si è già pronunciata nel senso che in ipotesi fisiologica il concorrente è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a proporre istanza di accesso e impugnazione (con l'ulteriore precisazione che *“E' chiaro che più tempestiva è l'istanza di accesso che il concorrente presenti una volta avuta conoscenza dell'aggiudicazione, maggiore sarà il tempo a sua disposizione per il ricorso giurisdizionale; quel che non può consentirsi è che il concorrente possa, rinviando nel tempo l'istanza di accesso agli atti di gara, posticipare a suo gradimento il termine ultimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione”*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127); anche quest'ultimo, dunque, al pari di chi abbia subito la condotta ostruzionistica dell'amministrazione, si giova di un termine per proporre impugnazione depurato del tempo necessario all'accesso.

2.8. In conclusione, come ritenuto dal giudice di primo grado, il ricorso di CEG s.p.a. notificato alle controparti nel termine di trenta giorni dall'accesso alle giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia da Telmes s.r.l. è, senz'altro, tempestivamente proposto.

3. Nel secondo motivo di appello la sentenza di primo grado è criticata per *“Error in procedendo ed error in iudicando, per non aver rilevato l'inammissibilità del ricorso in primo grado. Travisamento degli atti e dei fatti di causa. Illogicità e contraddittorietà”*; si duole l'appellante che il giudice abbia deciso (di accogliere) i motivi di ricorso a contestazione della valutazione di congruità dell'offerta dall'aggiudicataria, sebbene, a suo dire, nessuno di essi consentisse di sindacare la discrezionalità tecnica della stazione appaltante, non essendo stati prospettati errori di fatto, vizi di manifesta irragionevolezza o abnormità, ma

contestate valutazioni di merito della stazione appaltante; sotto altro punto di vista, per essere mancata ogni pregiudiziale verifica in punto di prova di resistenza: CEG s.p.a. si era limitata a sostenere l'esistenza di incongruenze o carenze nelle giustificazioni, ma non aveva offerto prova dei sovraccosti che avrebbero condotto in perdita l'offerta vincitrice.

4. Con il terzo motivo di appello è contestata la sentenza per *“Error in procedendo ed error in iudicando, per aver accolto parte delle censure benchè non contenute in ricorso. Error in iudicando per non aver rilevato l'infondatezza del ricorso. Travisamento degli atti e dei fatti di causa. Illogicità e contraddittorietà”*.

4.1. La prima critica (punto II.3.A dell'appello) è di aver ingiustamente respinto l'eccezione di inammissibilità della censura per essere stata articolata solamente nella memoria conclusiva (del 4 gennaio 2021) e, nel merito, di aver detto irragionevole la scelta della stazione appaltante di escludere dalla verifica di congruità dell'offerta (le modalità con le quali l'aggiudicataria era giunta a definire) il prezzo unitario del quadro elettrico “I”, e di concentrare la verifica su tre soltanto tipologie di quadri (“A”, “D” e “L”), di fatto sostituendo il proprio giudizio a quello della stazione appaltante circa le modalità di conduzione della verifica di anomalia dell'offerta.

4.2. Di seguito (punto II.3.B dell'appello) l'appellante dice non rispondente al vero l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui la fattura di ACMEI Sud, il fornitore dal quale l'aggiudicatario intendeva acquistare i materiali necessari alla realizzazione dei quadri elettrici, si riferiva solamente ad una parte della componentistica e, per questo, considera ingiusta la conclusione nel senso della insufficienza dei giustificativi prodotti; contesta anche che potesse incidere sull'attendibilità del giudizio di anomalia la circostanza che i prezzi ai quali la ricorrente acquistava i medesimi materiali dai propri (sub)fornitori fossero inferiori a quelli dichiarati dall'aggiudicataria nelle proprie giustificazioni poiché, anzi, questa circostanza andava a comprova della congruità dell'offerta.

4.3. Da ultimo (punto II.3.C) si duole che il giudice di primo grado abbia ritenuto inattendibile il costo del quadro tipologia “L” perché uno solo dei suoi componenti (quello con codice ATV630D90N4) era indicato in offerta con un prezzo eccessivamente basso rispetto al prezzo di listino; il giudice, infatti, respingendo le argomentazioni difensive della stazione appaltante e dell’aggiudicataria, rilevava che a fronte del prezzo di listino di € 10.093,00, Telmes offriva per l’intero quadro elettrico “L” il prezzo di € 4.778,00.

L’appellante lamenta l’erronea lettura dei documenti perchè il prezzo offerto per il quadro elettrico era di € 7.484,71 ed aggiunge ulteriori considerazioni: - che le società del settore riescono a sputare dai fornitori forti sconti superiori al 50%; - che, comunque, il giudice non avrebbe considerato che l’eventuale, ma non dimostrato, maggior costo poteva essere compensato dall’utile che aveva indicato in offerta.

5. Il terzo motivo dell’appello è fondato; restano, dunque, assorbite le critiche esposte nel secondo motivo.

5.1. Procedendo direttamente all’esame del merito – e, dunque, prescindendo dalla questione dell’ammissibilità in primo grado della censura – se è vero che, per orientamento giurisprudenziale consolidato, la valutazione di congruità dell’offerta in sede di sub-procedimento di verifica dell’anomalia è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, deve necessariamente ammettersi che ancor prima sia connotata da discrezionalità anche la scelta in ordine alle modalità con le quali procedere a siffatta verifica poiché destinate inevitabilmente a condizionarne l’esito (ossia il giudizio finale).

Per la varietà dei casi che mal si presta ad essere racchiusa in un rigido dettaglio normativo, l’art. 97, commi 1 e 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fatto salvo il caso di esclusione automatica dell’offerta per presentazione di percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, detta questa regola (valida quale che sia il criterio di aggiudicazione e, dunque, applicabile anche alle procedure da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso): la stazione appaltante richiede spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle

offerte (comma 1) ed esclude l'offerta se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello dei prezzi o di costi proposti (comma 4). Altri casi di anomalia sono descritti dal comma 4, ma non interessano al presente giudizio.

V'è spazio, pertanto, solo per un sindacato giurisprudenziale limitato all'intrinseca logicità e ragionevolezza del giudizio nonché alla congruità della relativa istruttoria e all'assenza di errori di fatto, essendo preclusa al giudice la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo consulenza tecnica) un'autonoma verifica circa la sussistenza o meno dell'anomalia; e ciò tanto in relazione alle modalità con le quali è stata condotta la verifica di anomalia quanto agli esiti cui la stazione appaltante è pervenuta (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2021, n. 6533; V, 14 giugno 2021, n. 4623; V, 14 giugno 2021, n. 4620, III, 3 giugno 2021, n. 4282, V, 1 giugno 2021, n. 4209).

5.2. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, alla luce della spiegazione che ne è stata data in giudizio (e, in particolare, nell'atto d'appello), va detta ragionevole la scelta della stazione appaltante di richiedere all'aggiudicatario di giustificare i prezzi unitari dei soli quadri elettrici identificati con le lettere "A", "D" e "L", poiché fondata su due considerazioni entrambe valide.

In primo luogo, l'essere le altre tipologie di quadri elettrici (diverse da quelle sottoposte a giustificazione) composte prevalentemente dai medesimi componenti meccanici da assemblare con impiego della stessa manodopera, onde sarebbe stato superfluo richiedere al concorrente – e poi accertare la congruità – spiegazioni per ciascuna tipologia di quadro elettrico, laddove, riscontrata la congruità dei prezzi di quelli richiesti nelle giustificazioni, si sarebbe potuto supporre congruo anche il prezzo offerto per gli altri.

In secondo luogo, l'aver ritenuto opportuno domandare la giustificazione dei prezzi per le tipologie di quadri elettrici da fornire in maggior quantità, secondo le stime effettuate per individuare la base d'asta (in relazione alla

tipologia di quadro “I” si stimava una richiesta di sei unità a fronte delle 15, 42 e 21 stimate per i quadri oggetto di giustificazione).

5.3. Assume, però, l’appellata che le diverse tipologie di quadri elettrici non fossero comparabili perché, ad es., a fronte del prezzo unitario del Quadro “I” di € 53.229,65, il prezzo del quadro “F” era di soli € 4.015,20, e che per questo fosse necessario estendere la verifica a tutte le tipologie di quadri, come pure che la quantità stimata della fornitura non fosse valido criterio selettivo, come dimostrato dal primo contratto applicativo nel quale era stata richiesta la fornitura di quadri di tipologia “B” maggiore rispetto a quella stimata.

Nessuno dei due argomenti contrasta altrettanto validamente le ragioni dell’appellante: non il primo, poiché componenti e manodopera variano naturalmente in quantità per ciascun quadro elettrico da assemblare, dando prezzi diversi, ma ciò non toglie che all’unità gli uni e l’altra siano raffrontabili, non il secondo perché, anzi, prova quel che si può negare, vale a dire che, incerta l’effettiva entità della fornitura, era doveroso effettuare una valutazione *randomica* dei prezzi per tipologia di quadri poiché non si sarebbe mai riusciti a dire la quantità effettiva dell’offerta.

5.4. Detta immune da vizi la modalità con cui è stata condotta la verifica di anomalia, è possibile trattare delle conclusioni cui è giunta la stazione appaltante: anche in questo caso le censure dell’appellante meritano apprezzamento.

Dalla documentazione in atti emerge che al fine di dar prova dei costi dei componenti da impiegare nella composizione dei quadri elettrici, Telmes s.r.l. aveva allegato ai propri giustificativi, per ciascuna tipologia di quadro elettrico, i documenti denominati “*Analisi del prezzo n. (...) – tipologia (...)*” e “*Offerta fornitore ACMEI SUD Spa n (...) con elenco materiali?*”.

Il fornitore ACMEI SUD s.p.a. nel suo preventivo si limitava effettivamente a prezzare globalmente “*i materiali quadro elettrico n. tipologia*”, senza ulteriore specificazione, ma è evidente che il riferimento era ai materiali elencati in

allegato e, così, rimetteva il preventivo di costo dei materiali che il concorrente intendeva acquistare per poter comporre il quadro elettrico.

L'appellata insiste che la specificazione del prezzo dei singoli componenti fosse indispensabile per accertare la congruità dell'offerta; l'argomentazione non convince: l'indicazione del prezzo globale vale quanto l'indicazione del prezzo dei singoli componenti poiché essendo il primo la somma dei secondi, la congruità dell'uno non può essere altro che conseguenza della congruità degli altri (non si può logicamente immaginare che da singoli prezzi incongrui si giunga poi ad un prezzo finale che, al contrario, si possa dire congruo).

5.5. Per giudicare i prezzi unitari offerti per tipologia di quadro, e, quindi la sostenibilità dell'offerta, la stazione appaltante aveva, dunque, a disposizione, in primo luogo, l'offerta del fornitore ACMEI SUD s.p.a. in relazione alla componentistica da impiegare (oltre alle indicazioni in punto di costo della manodopera, noli e trasporti, spese generali ed utile, non oggetto però di specifica contestazione): era di certo documentazione sufficiente, non potendo il fornitore di una certa *res* altro dichiarare per dar conto delle modalità con le quali è giunto a definire il prezzo finale.

Né contrastano la conclusione raggiunta due argomenti spesi dall'appellata nella sua memoria difensiva per dire non attendibile la documentazione prodotta dall'aggiudicataria, vale a dire, da un lato, la previsione di un termine di validità dell'offerta (che era indicato nel 2 agosto 2020) come pure la clausola apposta di “*validità quotazione cavi solo giornaliera e salvo disponibilità*” (ripetuta anche in relazione ai “*moduli Fotovoltaici*”) e, dall'altro, la mancata allegazione delle giustificazioni del subfornitore, i cui prezzi non sarebbero stati per questo motivo sottoposti al vaglio di sostenibilità della stazione appaltante.

Risponde, infatti, ad una comune prassi dei rapporti commerciali che il fornitore inserisca nel preventivo redatto su richiesta di offerta un termine trascorso il quale si riserva la facoltà di revisione dei prezzi, poiché è chiaro che i costi delle materie prime sono suscettibili di modificazioni nel corso del

tempo e, in mancanza, il fornitore dovrebbe accollarsi il rischio del loro aumento (ciò vale a spiegare anche la specificazione della quotazione giornaliera e salvo disponibilità); non è possibile, poi, convenire con la tesi dell'appellante secondo cui l'aggiudicatario dovrebbe rimettere alla stazione appaltante anche le giustificazioni dei prezzi praticati dai suoi fornitori per consentirle di apprezzare appieno la congruità della sua offerta, non foss'altro perchè, a voler accogliere tale ragionamento, si legittimerebbe una sorta di *regressus ad infinitum*: finanche il produttore di un bene potrebbe essere tenuto a fornire la giustificazione dei prezzi praticati alla luce del costo delle materie prime utilizzate.

Vero è che la giurisprudenza riportata dall'appellata si riferisce a tutt'altra ipotesi, quella in cui una parte delle lavorazioni (in caso di appalto di lavori) ovvero una parte della fornitura (in caso di appalto di fornitura) siano effettuate da terzi sub-appaltatori o sub-fornitori, i quali, dunque, hanno un rapporto diretto con la stazione appaltante che, dunque, è tenuta a valutare la congruità anche della (parte di) prestazione (nell'ambito dell'offerta aggiudicataria) ad essi direttamente imputabile.

5.6. Ai documenti in precedenza esaminati, Telmes s.r.l. accompagnava una (pregressa, del 30 giugno 2020,) fattura del medesimo fornitore ACMEI SUD s.p.a. relativa all'acquisto di materiali non tutti corrispondenti a quelli di cui si sarebbe servita per la composizione dei quadri elettrici oggetto di fornitura.

La fattura, come ben spiega l'appellante, serviva a dare credibilità ai preventivi e alla nuova offerta, questa, sì, per componenti da impiegare nella realizzazione dei quadri elettrici; così correttamente intesa, essa ha un valore limitato nelle giustificazioni prodotte e certo la mancata corrispondenza dei materiali ivi descritti con quelli da impiegare nell'esecuzione dell'appalto non poteva ritenersi decisiva per dire insufficienti le giustificazioni.

In definitiva, Telmes s.r.l. non intendeva affatto dar prova di aver acquistato tutti i componenti necessari alla realizzazione dei quadri elettrici – impegno, d'altra parte, non esigibile quando l'impresa non era ancora sicura di potersi

aggiudicare la commessa – e del relativo prezzo, ma di essere in condizione di poterlo fare a certi prezzi per il preventivo accordo raggiunto con il fornitore ACMEI SUD. Tanto basta, giova ripeterlo, per dire sufficiente la documentazione a supporto delle giustificazioni rese.

L'appellata CEG s.r.l., tuttavia, utilizzata i prezzi riportati nella citata fattura ad altro scopo: per dimostrare che essi, nonostante gli sconti dei quali Telmes aveva usufruito rispetto ai prezzi di listino, erano comunque superiori (anche del 10%) ai prezzi che essa stessa riusciva a spuntare dai suoi fornitori; ciò sarebbe spiegabile in ragione dell'errata indicazione degli elenchi dei materiali offerti da Telmes e, comunque, dimostrerebbe l'erroneità e l'inesattezza della procedura di verifica.

Anche questo argomento non convince: si è detto della ragione per la quale Telmes aveva prodotto alla stazione appaltante una pregressa fattura; va qui aggiunto – a superamento dell'argomento fatto proprio anche dal giudice di primo grado – che se i costi per la componentistica sopportati dall'aggiudicatario risultavano maggiori di quelli della seconda graduata, e, ciononostante l'offerta della prima risultava più conveniente dell'altro, ciò non dice inequivocabilmente erronea la verifica di congruità, ma fa emergere le economie di scala praticate dall'aggiudicataria in relazione alle altre voci di costo (diverse dai materiali) da sostenere per la realizzazione dei quadri elettrici (sulle quali, giova ripeterlo, non v'è contestazione dell'appellata).

5.7. V'è un dato, però, che il giudice di primo grado ha ritenuto dirimente: se si considera l'elenco materiali relativo al quadro "D" sulla base del quale, come ampiamente spiegato, il fornitore ACMEI SUD ha redatto il suo preventivo, è possibile avvedersi che non v'è corrispondenza con gli elementi tecnici previsti nel computo metrico estimativo del medesimo quadro, e, d'altra parte, la base d'asta era elaborata dalla stazione appaltante proprio sommando i prezzi dei componenti dei diversi quadri elettrici come dettagliati nell'apposito computo metrico.

Si tratta di argomento effettivamente suscettibile di mettere in dubbio la validità della documentazione allegata da Telmes alle giustificazioni rese alla stazione appaltante.

L'appellante contesta anche questo passaggio della sentenza di primo grado: l'elenco materiali sottoposto al fornitore dall'aggiudicatario era elaborato tenendo conto (non del computo metri estimativo, ma) degli schemi elettrici e tale scelta era condivisibile perché solamente questi ultimi e non i primi indicano l'esatta componentistica da utilizzare per la realizzazione di un quadro elettrico.

Ancora una volta, la spiegazione che l'appellante fornisce è convincente: senza approfondire gli aspetti tecnici, è sufficiente considerare che secondo l'art. 4 del capitolato tecnico oggetto dell'accordo quadro era la "*fornitura di quadri elettrici, di varie tipologie, costruiti come indicati negli schemi elettrici*", per cui lo "*schema elettrico*", fornendo indicazione circa la modalità di costruzione del quadro elettrico, indicava gli elementi che ne erano componenti necessari (*id est.* che l'operatore avrebbe dovuto necessariamente utilizzare); circostanza ammessa dalla stessa appellata laddove afferma in memoria che gli schemi tecnici sono la "*rappresentazione grafica dei quadri elettrici, indispensabili per la progettazione e il relativo montaggio*".

A prescindere, dunque, dal fatto che quegli stessi componenti fossero presenti nell'ambito del computo metrico, vale la seguente considerazione: se la verifica di anomalia dell'offerta è diretta a vagliare l'affidabilità dell'offerta, non dà un risultato illogico né arbitrario che essa sia fatta in relazione ai costi sostenuti dall'aggiudicatario per i materiali presenti negli schemi elettrici, anziché nei computi metrici.

5.8. Fondata è anche l'ultima censura, quella relativa al giudizio di inattendibilità che il giudice di primo grado ha formulato, in adesione ai motivi di ricorso, relativamente al prezzo offerto per il quadro "L".

In primo luogo, risulta effettivamente l'errore di lettura lamentato dall'appellante: nella "Tabella riepilogativa dei costi", per il quadro elettrico

Tipologia “L”, Telmes indica il “totale ribassato” nella cifra di € 7.484,71 e non, dunque, nella minor cifra di € 5.047,00 riportata in sentenza come prezzo dell’intero quadro elettrico.

S’aggiunga, poi, che l’eventuale maggior costo del componente da utilizzare per la realizzazione del quadro – in relazione al quale la ricorrente aveva fornito solo il prezzo di listino ma nulla aveva dimostrato circa il limite di sconto praticabile come era sua onere con la conseguenza che detto sconto ben avrebbe potuto superare il 50% come sostenuto dall’appellante – non può certo far dire l’intera offerta inattendibile senza che sia data prova – nel caso di specie mancante – dell’erosione dell’intero utile atteso dall’impresa.

5.9. In conclusione, l’appello va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata con la reiezione del ricorso di primo grado di CEG s.p.a. e tutte le domande ivi contenute, compresa quella di dichiarazione di inefficacia del contratto.

6. In ragione della oggettiva complessità delle questioni poste con i motivi di ricorso, possono essere compensate le spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, e per l’effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 1777/2021, respinge il ricorso di primo grado di CEG Elettronica industriale s.p.a.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO