

Pubblicato il 26/07/2022

N. 06577/2022REG.PROV.COLL.
N. 09407/2021 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 numero di registro generale 9407 del 2021, proposto da Aca s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Di Blasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Di Gravio in Roma, via Piediluco, 9;

contro

Alma Cis s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierluigi Marramiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Co.M.Ab. s.r.l., in proprio e quale capogruppo di costituendo Rti con Eprom s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 00316/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Alma Cis s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Alberto Urso e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, depositate in atti dagli avvocati Di Blasio e Marramiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 27 luglio 2020 la A.c.a. s.p.a. indiceva procedura di gara aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria reti interne in varie zone per gli anni 2020 e 2021.

In relazione al lotto 6, qui controverso, risultava prima classificata in graduatoria la Alma Cis s.r.l., la quale veniva tuttavia esclusa dalla stazione appaltante all'esito di verifica negativa sull'anomalia dell'offerta.

2. La Alma Cis impugnava il provvedimento di esclusione, in una alla successiva aggiudicazione in favore del Rti capeggiato dalla Co.M.Ab. s.r.l., sollevando varie ragioni di doglianza.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della A.c.a. s.p.a. e della Co.M.Ab. s.r.l. accoglieva il ricorso e annullava i provvedimenti gravati, rimandando alla stazione appaltante per la rinnovazione del giudizio di anomalia e respingendo la domanda risarcitoria in assenza di dimostrazione della fondatezza della pretesa sostanziale della ricorrente.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la A.c.a. s.p.a. deducendo:

D) *error in iudicando*: della presunta violazione del disciplinare di gara; del contraddittorio e della presunta genericità delle richieste di chiarimento formulate dalla stazione appaltante; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs n. 50 del 2016 e dell'art. 9.5.5 del disciplinare di gara;

II) *error in procedendo*: dell'irricevibilità del ricorso; violazione e falsa applicazione dell'art. 41 Cod. proc. amm. e dell'inammissibilità per difetto d'interesse; violazione e falsa applicazione dell'art 35 Cod. proc. amm.

5. Resiste al gravame la Alma C.i.s., chiedendone la reiezione, mentre non s'è costituita in giudizio la Co.M.Ab., pur regolarmente intimata.

6. All'udienza pubblica del 19 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo d'impugnazione l'appellante si duole dell'erroneo accoglimento delle censure formulate dalla ricorrente in primo grado in ordine ai vizi del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In tale prospettiva, la A.c.a. deduce che il disciplinare non riconosce all'operatore economico alcun interesse pretensivo ad usufruire di un termine nel caso in cui le giustificazioni presentate risultino insufficienti, limitandosi a prevedere piuttosto una facoltà in tal senso in capo al Rup, né la relativa regola (di cui all'art. 9.5.5 del disciplinare) ha formato oggetto di censura da parte della ricorrente.

Al riguardo, andrebbe considerato che la mancata richiesta d'integrazione dei giustificativi è dipesa nella specie dal fatto che la Alma Cis aveva giustificato solo una voce di spesa su 72 presenti, ciò che di per sé consentiva di esprimere un giudizio negativo in relazione all'offerta.

Sotto altro profilo, l'appellante denuncia l'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nell'affermare che la stazione appaltante non avesse indicato chiaramente il contenuto dei giustificativi dovuti dall'impresa, considerato che in realtà la comunicazione all'uopo inviata l'11 novembre 2020 era sufficientemente esaustiva e precisa, richiedendo all'Alma Cis di illustrare il processo che le aveva consentito di formulare il ribasso, e di fornire tutti gli elementi necessari ad apprezzare la congruità e affidabilità dell'offerta.

L'amministrazione aveva garantito del resto un congruo contraddittorio all'impresa, ponendola in condizione di offrire adeguate giustificazioni e convocandola anche il 17 dicembre 2020 per renderla edotta delle motivazioni dell'esclusione.

1.1. Il motivo non è condivisibile.

1.1.1. Il disciplinare di gara prevede all'art. 9.5.5 che *“Il RUP richiede per iscritto al concorrente la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale.*

A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta. Il RUP, eventualmente con il supporto della Commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro.

Il RUP esclude, ai sensi degli articoli 59, comma 3 lett. c) e 97, commi 5 e 6 del Codice, le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili”.

Emerge chiaramente dalla previsione - in linea con lo spirito della disciplina di cui all'art. 97 d.lgs. 50 del 2016 - lo scopo proprio della verifica di anomalia, che è quello di valutare se l'offerta sia *“nel complesso, inaffidabil[e]”* (art. 9.5.5 disciplinare, cit.).

È cioè tale dato sostanziale (*i.e.*, l'inaffidabilità dell'offerta, *in primis* per sua insostenibilità economica) che l'amministrazione è chiamata ad apprezzare, e che vale a legittimare l'esclusione del concorrente.

Ciò significa che l'amministrazione non svolge al riguardo una verifica tesa a sanzionare le eventuali incompletezze documentali, bensì è chiamata in termini *sostanziali* a vagliare l'attendibilità, serietà e sostenibilità economica dell'offerta, e in tal senso motivare l'eventuale determinazione d'esclusione.

In coerenza con tale *ratio* va letta dunque la scansione procedimentale descritta dalla *lex specialis*, che prevede una preventiva richiesta di giustificativi e una successiva eventuale richiesta di *“ulteriori chiarimenti”* *“anche mediante*

audizione” ove detti giustificativi siano ritenuti “*non sufficienti ad escludere l’anomalia*”.

In termini generali, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito in proposito che l’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede per la verifica di anomalia dell’offerta una “*struttura monofasica del procedimento (e non più trifasica, cioè articolata in giustificativi, chiarimenti, contraddittorio, com’era, invece, nel regime disegnato dal previgente art. 87 d.lgs. n. 163/2006)*”, e “*pur consentendo alla stazione appaltante di far luogo a ulteriori approfondimenti istruttori successivi alla presentazione delle ‘spiegazioni’, non introduce alcun obbligo in tal senso*” (Cons. Stato, III, 11 maggio 2021, n. 3709 e 3710).

Il principio va rettamente inteso e declinato, alla luce della giurisprudenza maturata nella materia e della disciplina di matrice europea, oltreché delle specifiche previsioni della *lex specialis* qui in rilievo.

Come posto in evidenza dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, l’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l’esclusione per anomalia dell’offerta in due casi, e cioè “*se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4*” a fronte delle spiegazioni fornite dal concorrente, ovvero se è accertato che l’offerta è anormalmente bassa in relazione ai parametri indicati *sub lett. a)-d)* della stessa disposizione (cfr. Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690).

Diversa da queste è l’ipotesi in cui “*la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all’attendibilità dell’offerta soggetta a verifica di anomalia, per non poter, in particolare, o ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l’inadeguatezza complessiva dell’offerta sulla scorta degli indicatori di cui al comma 5 dell’art. 97*”: rispetto a tale ipotesi “*deve concludersi che la possibilità di avanzare altre richieste istruttorie non costituisce altro che una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all’individuazione del miglior offerente che imprime il relativo procedimento*” (Cons. Stato, n. 690 del 2019, cit.; cfr. anche Id., III, 11 ottobre 2021, n. 6818).

In tale contesto, è stata così affermata la “*necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale [...] laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all’attendibilità dell’offerta soggetta a verifica di anomalia*” per non poter, in particolare, o ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l’inadeguatezza complessiva dell’offerta’ (Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 690 del 28 gennaio 2019)” (Cons. Stato, IV, 7 agosto 2020, n. 4973).

Se ne ricava che l’apprezzamento di merito - pur discrezionale - ai sensi dell’art. 9.5.5 del disciplinare, oltreché dell’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato peraltro dal primo), avrebbe consentito di escludere l’offerta in conseguenza della *effettiva* verifica di anomalia, dall’esito sfavorevole all’impresa; per converso, se l’amministrazione non fosse stata in grado di pervenire (secondo giudizio sostanziale) ad una delle ragioni di esclusione previste, l’integrazione documentale, o comunque l’istruttoria (con interlocuzione con l’operatore economico, e salve le conseguenze a carico di questo in caso di persistente inerzia) si sarebbe resa necessaria.

Il che si pone del resto in linea con la previsione dell’art. 69, par. 3, Direttiva 2014/24/UE, a tenore della quale, nell’ambito della valutazione dell’anomalia, «*L’amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l’offerente. Essa può respingere l’offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2*», inerenti ai profili sostanziali di cui tener conto ai fini del vaglio di anomalia. Per questo, da un lato l’apprezzamento (e la conseguente motivazione) *sostanziale* consente l’espulsione per anomalia; dall’altro le informazioni fornite sono valutate «*consultando l’offerente*».

Emerge con chiarezza dunque come il procedimento di verifica di anomalia non richieda di (o sia volto a) sanzionare di suo carenze formali circa la produzione documentale da parte dell’impresa, ma abbia piuttosto lo scopo di vagliare preventivamente l’affidabilità (sostanziale) dell’offerta.

In tale prospettiva, laddove la *lex specialis* afferma che ove il Rup ritenga i giustificativi “*non sufficienti ad escludere l’anomalia*” “*può chiedere [...] ulteriori chiarimenti?*” non prevede una facoltà libera e incondizionata in capo allo stesso Rup, bensì gli attribuisce uno specifico potere, da esercitare come sempre in termini funzionalizzati da parte dell’amministrazione, in specie rispetto alla verifica di anomalia col significato che alla stessa è proprio: per questo, la previsione vuol semplicemente chiarire che tale possibilità interlocutoria (e istruttoria) non è preclusa - e anzi ben spetta - alla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, n. 690 del 2019, cit., che fornisce espressa risposta negativa al quesito “*se [...] il procedimento di verifica dell’anomalia debba necessariamente risolversi nell’unica fase menzionata nella disposizione*”), ma rimane fermo il fatto che “*laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all’attendibilità dell’offerta soggetta a verifica di anomalia*” (Cons. Stato, n. 4973 del 2020, cit.) l’esperienza di ulteriori fasi di contraddittorio, come prevista nella specie proprio dall’art. 9.5.5, è necessitato, non potendo l’amministrazione limitarsi a rilevare la (e motivare sulla base della) semplice insufficienza della documentazione (cfr. ancora Cons. Stato, n. 4973 del 2020, cit., che fa riferimento appunto alla “*necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale*” nei suddetti casi; cfr. peraltro Cons. Stato, VI, 4 aprile 2022, n. 2442, richiamata anche dall’appellante, che si sofferma specificamente su un distinto profilo, chiarendo come l’amministrazione non possa comunque, in siffatte ipotesi, sopperire direttamente all’assenza parziale di spiegazioni attraverso la conduzione di autonome ricerche di mercato sulla congruità dell’offerta, atteso che le carenze vanno risolte attraverso interlocuzione con l’impresa).

Per converso tale richiesta non occorre quando, di fronte a giustificativi (comunque) “*non sufficienti ad escludere l’anomalia*”, la stazione appaltante sia in grado di pervenire essa stessa di per sé a una conclusione in termini d’incongruità dell’offerta e conseguente esclusione a mente dell’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. ancora Cons. Stato, n. 4973 del 2020, cit.).

1.1.2. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie, le doglianze formulate dall'amministrazione risultano infondate.

La comunicazione del 16 dicembre 2020 con la quale è stata data notizia all'interessata della valutata anomalia dell'offerta si limitava a dar conto, in termini generici, che *“la commissione giudicatrice [...] ha ritenuto i giustificativi presentati non sufficienti ad escludere l'anomalia, dando un giudizio di non congruità”* (v. *amplius infra*).

Emerge dal provvedimento di esclusione del 22 febbraio 2021, come successivamente confermato il 2 marzo 2021 (e già si ricava dal verbale del colloquio del 17 dicembre 2020) che la motivazione dell'esclusione risultava dal verbale della commissione dell'11 dicembre 2020.

In quest'ultimo chiaramente si *“constata[va] che l'operatore economico ha prodotto la giustificazione di un solo prezzo unitario rispetto ai 72 prezzi di computo a base d'asta. Pertanto, la commissione [...] conv[eniva] che il solo prezzo indicato non [potesse] giustificare l'intero appalto, in quanto l'analisi dei prezzi deve riguardare un numero di prezzi significativi dell'offerta ovvero prezzi concorrenti nel computo metrico estimativo a formare l'80/90% dell'importo posto a base di gara.*

Il solo giustificativo, rispetto ai prezzi di computo formanti la base d'asta, rappresenta il 2,27% dell'importo lavori, pertanto non valutabile in riferimento al dettato dell'art. 97 comma 1) del D. Lgs. n. 50/2016 [...] ai fini della verifica dell'anomalia”.

Riluce chiaramente come la stazione appaltante non abbia espresso (né aveva gli elementi per farlo) un giudizio (e una motivazione) d'inaffidabilità *sostanziale* dell'offerta nei termini di cui ad una delle due ipotesi previste dall'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, ma abbia sostanzialmente rilevato la lacunosità dei giustificativi prodotti, inidonei a pervenire a un giudizio di congruità, ma altrettanto - a ben vedere - a uno di *incongruità* dell'offerta.

Ben si versava, cioè, nell'ipotesi di pura sussistenza di elementi *“non sufficienti ad escludere [ma neppure, in sé, a ravvisare] l'anomalia”* ex art. 9.5.5 del disciplinare: proprio perciò l'amministrazione non poteva pervenire *sic et simpliciter* a una determinazione d'esclusione, dovendo richiedere le

(necessarie) integrazioni all'operatore economico per potere apprezzare sul piano sostanziale la sostenibilità e serietà dell'offerta.

Né un siffatto apprezzamento emerge dalla successiva motivazione, peraltro di carattere integrativo (a fronte di un giudizio, in sé già compiuto, formulato dalla stazione appaltante nei termini suindicati): le considerazioni negative che seguono, infatti, (*i.e.*, mancanza dei preventivi dei materiali; errate indicazioni sull'incidenza della manodopera e dei mezzi d'opera; spese generali non dettagliate; necessaria dimostrazione di congruità degli oneri di sicurezza aziendali) riguardano pur sempre “*l'unico prezzo unitario portato a giustifica*”, sicché per stessa ammissione dell'amministrazione non valgono a esprimere un giudizio di complessiva anomalia sostanziale, in un contesto nel quale un siffatto giudizio non può che essere sintetico e globale, ricomprendendo eventuali compensazioni fra sottostime e sovrastime nei singoli elementi, e non già parcellizzato su singole componenti dell'offerta (in relazione alla natura sintetico-globale della verifica di anomalia, da eseguirsi in termini necessariamente complessivi e non parcellizzati, cfr., *inter multis*, Cons. Stato, V, 22 marzo 2022, n. 2079; 28 febbraio 2022, n. 1412; sul relativo corollario della possibile compensazione fra sovrastime e sottostime di singole voci di costo, cfr. Cons. Stato, V, 15 dicembre 2021, n. 8358; 20 ottobre 2020, n. 6334), sicché effettivamente l'amministrazione non era in specie in grado di esprimersi (per sua stessa, corretta, ammissione) in merito, né tanto meno poteva pervenire *sic et simpliciter* a una valutazione d'anomalia dall'esame di un singolo prezzo.

Né rileva, ancora, la convocazione della ricorrente alla riunione del 17 dicembre 2020, atteso che - per stessa ammissione dell'appellante - essa era volta in specie a “*renderla edotta delle motivazioni dell'esclusione*” (cfr. appello, *sub* primo motivo; ma cfr. al riguardo anche *infra*, *sub* § 2.1.1), e comunque dal verbale emerge come non siano state richieste ulteriori informazioni o documenti alla concorrente, né forniti effettivamente altri elementi motivazionali.

Il che è sufficiente al rigetto del motivo, a prescindere dalla questione della esaustività dell'originaria richiesta dei giustificativi (richiesta peraltro di tenore generale e aspecifico) da parte dell'amministrazione.

2. Col secondo motivo l'appellante si duole della mancata dichiarazione d'irricevibilità del ricorso di primo grado, considerato che la piena conoscenza del provvedimento e degli aspetti che ne rendevano evidente la lesività s'era già integrata in capo alla ricorrente a seguito del colloquio del 17 dicembre 2020.

La consapevolezza dell'esistenza del provvedimento integra infatti una condizione dell'azione, rimuovendo ogni ostacolo al ricorso, mentre la conoscenza "integrale" dello stesso incide sul contenuto dell'impugnazione e sui motivi di doglianza, e quindi sulla *causa petendi*: diversamente non avrebbe ragion d'essere l'istituto dei motivi aggiunti.

Sotto altro profilo, l'appellante deduce che il ricorso era anche inammissibile, atteso che la ricorrente non ha dimostrato l'utilità che le sarebbe derivata dall'accoglimento dello stesso, considerato che non ha provato la serietà dell'offerta formulata e la sua idoneità a consentirle di conseguire un utile d'impresa.

2.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

2.1.1. Sotto il primo profilo, inerente alla dedotta irricevibilità del ricorso, va osservato che l'atto invocato dall'appellante ai fini del decorso del termine per l'impugnazione (*i.e.*, verbale del 17 dicembre 2020) faceva riferimento semplicemente a una verbale "*lettura*" data dei precedenti verbali della commissione, sicché la Alma Cis non riceveva in quella sede in piena disponibilità la - necessaria - motivazione del provvedimento, contenuta nel richiamato verbale dell'11 dicembre 2020 (cfr., in generale, sulla necessaria messa a disposizione della motivazione del provvedimento espulsivo ai fini del decorso del termine d'impugnazione, Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, causa C-54/18, in relazione al previgente art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., disposizione cui si ricollegava anche l'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del

2016, che nella versione previgente dava conto di come il detto termine decorresse appunto dal momento in cui gli atti fossero stati resi in concreto disponibili «*corredati di motivazione*»; con riguardo al provvedimento d'aggiudicazione, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12); ciò senza considerare peraltro che lo stesso verbale della commissione - alla luce del suo contenuto - costituiva atto ancora intermedio del procedimento (si richiamava ivi il “*giudizio di non congruità*”, motivato peraltro sulla “*insufficiente nei contenuti [...] relazione giustificativa depositata*”, elemento in sé ricollegabile anche, *ex art.* 9.5.5, a una successiva interlocuzione), mentre la determinazione di vera e propria *esclusione* dell'operatore economico interveniva solo in un secondo tempo, con provvedimento del 22 febbraio 2021, confermato il successivo 2 marzo 2021.

2.1.2. Allo stesso modo, non è dato riscontrare il profilo d'inammissibilità del ricorso invocato dall'appellante, considerato che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, la ricorrente ha fatto valere un vizio di contraddittorio e istruttorio-motivazionale che - in un contesto quale quello della valutazione di sostenibilità e affidabilità dell'offerta, rimesso all'esclusivo e discrezionale apprezzamento della stazione appaltante - implica di per sé, una volta riscontrato, la riedizione della verifica di anomalia, cui l'aggiudicataria ha ben interesse a fronte dell'esclusione subita.

In tale prospettiva, alla luce del vizio integrato nei suesposti termini, con portata motivazionale e istruttoria - oltreché di contraddittorio *stricto sensu* - effettivamente va disposto l'annullamento dei provvedimenti gravati con rimando per la riedizione della verifica di anomalia alla stazione appaltante, cui sola spetta l'apprezzamento sostanziale dell'offerta, senza che possa richiedersi alla ricorrente di dimostrare in giudizio, in via anticipata, la detta sostenibilità e affidabilità, neppure conoscibile in via preventiva dal giudice amministrativo.

Ciò tanto più in un contesto in cui, come nella specie, alcun effettivo vaglio *sostanziale* sulla sostenibilità dell'offerta complessiva l'amministrazione aveva

invero compiuto (cfr. *retro, sub* § 1.1.1 s.).

3. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

3.1. Le spese del grado sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore dell'appellata costituita.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese, liquidandole nella misura di € 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'appellata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO