

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 850 del 26 gennaio 2024

Appalti PNRR – Obblighi assunzionali di donne e giovani under 36 – Non sussiste in capo al progettista indicato

Publicato il 26/01/2024

N. 00850/2024REG.PROV.COLL.

N. 06799/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6799 del 2023, proposto in relazione alla procedura CIG (...) da Costituendo R.T.I. (...), (...) S.p.A. in proprio e quale impresa retista mandataria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ministero (...), non costituito in giudizio;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 01115/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di (...) e (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2023 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto finanziato con fondi PNRR per la ristrutturazione e l'adeguamento sismico di una scuola di (...). Trattasi in particolare di appalto c.d. *superintegrato* che prevede progettazione (definitiva ed esecutiva) nonché esecuzione di lavori. Importo a base d'asta: oltre 5 milioni 833 mila euro. Metodo di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La seconda classificata (...) impugnava dinanzi al TAR Friuli Venezia Giulia la aggiudicazione in favore di (...) (d'ora in avanti: (...)) in quanto i "progettisti indicati" avrebbero solo tardivamente depositato la dichiarazione di cui all'art. 47, comma 4, del DL n. 77 del 2021, dichiarazione questa con cui ci si impegna, in caso di nuove assunzioni necessarie per eseguire l'appalto, a riservare almeno una quota del 30% a donne e a giovani sotto i 36 anni.

3. Il TAR rigettava il ricorso per le ragioni di seguito indicate:

3.1. Le dichiarazioni di impegno di cui al citato art. 47, comma 4, del decreto-legge n. 77 del 2021 (impegno a riservare una quota minima di giovani e donne in caso di assunzioni necessarie a seguito di eventuale aggiudicazione) sono state sì richieste, mediante soccorso istruttorio, anche ai progettisti indicati da (...) ma si è trattato di un eccesso di zelo da parte della stazione appaltante, atteso che di un simile onere non potevano

considerarsi gravati anche simili soggetti (meri prestatori d'opera e non operatori economici ossia concorrenti in senso stretto);

3.2. I suddetti obblighi dichiarativi (circa obblighi assunzionali) potevano dunque gravare sul solo operatore economico che presenta l'offerta e non anche sul professionista meramente indicato per il compimento delle fasi progettuali. Ciò nella particolare situazione in cui, come nel caso di specie, la partecipazione era da considerarsi monosoggettiva (ossia nella qualità di "operatore economico singolo") e non partecipata ossia plurisoggettiva (ove i progettisti potevano ossia figurare quali mandanti);

3.3. Né si poteva ritenere insostenibile l'offerta economica formulata da (...) in quanto la difesa di parte ricorrente non aveva evidenziato ragioni di evidente illogicità o di manifesta erroneità circa la valutazione di anomalia al riguardo operata dalla commissione di gara.

4. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di seguito indicati:

4.1. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stata rilevata la violazione degli artt. 5 e 13 del disciplinare di gara, ossia nella parte in cui si afferma che anche il "soggetto indicato come progettista" sarebbe stato tenuto all'assolvimento di simili obblighi dichiarativi (art. 5.1.). Ciò sulla base di un certo orientamento secondo cui "anche il progettista "indicato" debba essere in possesso dei requisiti generali di moralità e di affidabilità". Del resto le disposizioni di gara andrebbero interpretate "in termini strettamente letterali". Di qui ancora l'impossibilità di applicare il meccanismo del soccorso istruttorio, espressamente escluso dalla legge di gara per sopperire alla mancanza originaria di simili dichiarazioni;

4.2. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stato considerato che spettava alla stazione appaltante l'obbligo di motivare la sostenibilità dell'offerta economica "in base alla documentazione prodotta" (pag. 14 atto di appello). In ogni caso si evidenzia "la mancata giustificazione dell'utile ricavabile dalla commessa, il cui importo a dir poco risibile non consente di ritenere seria e valida l'offerta presentata" (pag. 15 atto di appello).

5. Si costituivano in giudizio la Provincia di (...) e (...) (aggiudicataria della commessa in

contestazione) per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

6. Alla pubblica udienza del 5 dicembre 2023 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

7. Tutto ciò premesso, con il primo motivo di appello si deduce che non sarebbe stata rilevata la violazione degli artt. 5 e 13 del disciplinare di gara, ossia nella parte in cui anche il “soggetto indicato come progettista” sarebbe stato tenuto all’assolvimento di simili obblighi dichiarativi (art. 5.1.). Ciò sulla base di un certo orientamento secondo cui “anche il progettista “indicato” debba essere in possesso dei requisiti generali di moralità e di affidabilità”. Del resto le disposizioni di gara andrebbero interpretate “in termini strettamente letterali” (cfr. pag. 10 atto di appello). Di qui ancora l’impossibilità di applicare il meccanismo del soccorso istruttorio, espressamente escluso dalla legge di gara per sopperire alla mancanza originaria di simili dichiarazioni. Osserva al riguardo il collegio che:

7.1. L’art. 47 del decreto legge n. 77 del 2021 (contratti pubblici finanziati con fondi PNRR) prevede una serie di oneri a carico degli “operatori economici”. Tra questi, quello secondo cui: *“è requisito necessario dell’offerta l’aver assolto, al momento della presentazione dell’offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68L. 12/03/1999, n. 68, e l’assunzione dell’obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l’esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all’occupazione giovanile sia all’occupazione femminile”* (comma 4);

7.2. Queste invece le più rilevanti disposizioni di gara:

7.2.1. Art. 5.1. del disciplinare (relativo, per quanto di interesse, a “REQUISITI PER PROCEDURE ... PNRR”) a norma del quale, più da vicino: *“3) Ai sensi dell’art. 47, co.4 del D.L. 77/2021 ... l’operatore economico aggiudicatario, qualora per lo svolgimento del contratto ... sia per lui necessario procedere a nuove assunzioni, sarà altresì obbligato ad assicurare che una quota pari almeno al 30% ... delle nuove assunzioni sia destinata all’occupazione giovanile (... giovani di età inferiore a 36 anni al momento dell’assunzione), e una quota pari almeno al 10% ... delle nuove*

assunzioni sia destinata all'occupazione femminile ... La mancata dichiarazione costituisce causa di esclusione”;

7.2.2. Lo stesso art. 5.1. prevede altresì che: *“I requisiti di cui sopra, devono essere soddisfatti in caso di partecipazione in forma associata, in relazione ... ai sopracitati punti ... 3) ... dal soggetto indicato come progettista”;*

7.2.3. Ed ancora che: *“Il requisito ... relativo al punto 3) ... deve essere soddisfatto complessivamente dal raggruppamento o consorzio in caso di partecipazione in forma associata”.*

Dunque in caso di partecipazione plurisoggettiva, ossia mediante associazione di imprese o consorzio, il computo relativo al rispetto del suddetto requisito delle *quote rosa e giovanili* va effettuato in relazione al raggruppamento nel suo complesso, e non con riguardo al singolo componente di tale raggruppamento;

7.2.4. Infine che: quanto ai *“Requisiti di capacità economica – finanziaria e di idoneità tecnico – organizzativa per eseguire il servizio di progettazione”* (punto 5.2.3.): *“b) nel caso in cui il concorrente sia in possesso dei requisiti per la sola esecuzione dei lavori, può partecipare attraverso un progettista ... b.1) indicato in sede di presentazione offerta ... ovvero ... b.2) raggruppato come mandante”.* Ed ancora che: *“il progettista indicato o raggruppato come mandante, deve essere in possesso, dei requisiti speciali di cui all'art. 83, comma 1, del Codice, richiesti per la progettazione, e dei requisiti generali di cui all'art. 80, nonché possedere i requisiti di idoneità di cui al D.M. 02.12.2016 n. 263”;*

7.3. La principale giurisprudenza che ha avuto modo di soffermarsi sul tema dell'appalto integrato (il quale ricomprende, in caso di appalti PNRR, attività di progettazione definitiva ed esecutiva nonché esecuzione dei lavori), e in particolare su quello dei *“progettisti indicati”*, ha affermato in estrema sintesi che:

7.3.1. L'appalto c. d. integrato è *“caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara”* (Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13);

7.3.2. *“Il progettista, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, quindi, può essere individuato e coinvolto in tre modi:*

a) mandante in raggruppamento temporaneo "eterogeneo" con gli operatori economici che partecipano per l'appalto o alla concessione dei lavori e, in tal caso, assume anche la qualifica di offerente;

b) indicato ma estraneo all'offerente (cfr. sul tema Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 luglio 2020, n. 13), cosiddetto ausiliario che presta un "avvalimento atipico";

c) appartenente allo staff tecnico dell'offerente che concorre per i lavori, a tale scopo contrattualizzato da quest'ultimo operatore economico; in tal caso, lo staff tecnico può essere costituito anche da più professionisti contrattualizzati individualmente in quanto assunti a tempo indeterminato e a tempo pieno, quindi integrati nell'impresa con un rapporto diretto.

Se lo staff tecnico dell'impresa non ha i requisiti tecnico-professionali per la progettazione, l'impresa concorrente deve ricorrere a una delle fattispecie sub a) o sub b)" (Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 31 marzo 2021, n. 276);

7.3.3. In merito alla "qualificazione giuridica del progettista indicato", poi, si tratta non di "operatore economico" ma, piuttosto, di "prestatore d'opera professionale (2229 c. c.)" (Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, cit.);

7.3.4. In questa direzione, il relativo contratto (di prestazione d'opera professionale) "è caratterizzato dalla autonomia rispetto al committente, dalla retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, che è di mezzi e non di risultato" (Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, cit.);

7.3.5. Pertanto: "il professionista non partecipa agli utili del committente quando questi rivesta la qualità di imprenditore, che è tenuto comunque alla corresponsione della retribuzione, essendo il rischio del lavoro del professionista a carico del committente" (Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, cit.);

7.3.6. In questa stessa direzione: il "professionista indicato" non è un "offerente" ma, piuttosto, "un collaboratore (o, più propriamente, un ausiliario) del concorrente" (Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 31 marzo 2021, n. 276, cit.);

7.3.7. Ed ancora che il progettista indicato deve essere "qualificato come professionista esterno all'operatore economico concorrente, da questi incaricato di redigere il progetto; tuttavia privo, a sua volta, della qualità di concorrente" (Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923);

7.3.8. Per completezza: *“È indubbio che anche i progettisti "indicati", al pari di tutti i soggetti che in qualche modo vengono in contatto con la stazione appaltante al fine di eseguire le prestazioni contrattuali, debbano possedere i requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016”* (Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 31 marzo 2021, n. 276, cit.).

7.4. Tanto doverosamente premesso, sulla base di una *interpretazione letterale* della disciplina di gara osserva il collegio che:

7.4.1. Un simile “impegno” grava soltanto sugli *operatori economici*, secondo quanto previsto dal citato art. 5.1. del disciplinare, ossia sui concorrenti in senso stretto che partecipano alla gara, laddove i “progettisti indicati” – allorché non partecipino “in forma associata” come del resto nel caso di specie – sono soltanto *prestatori d'opera professionale* (cfr. Plenaria n. 13 del 2020 e CGARS n. 276 del 2021, cit.). In questo senso, il progettista indicato risulta comunque non inserito nella *“struttura societaria che si avvale della sua opera”*, trattandosi di *“due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità”* (Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, cit.);

7.4.2. La disciplina di gara si rivela in linea con tale interpretazione dal momento che limita l'obbligo assunzionale in questione ai soli progettisti che partecipano in raggruppamento (ossia “associati” in senso proprio) oppure consorziati, senza per questo estenderlo anche a quelli semplicemente “indicati”. Vero è che il disciplinare impropriamente utilizza al riguardo, con ciò tradendo un certo refuso quanto meno letterale, la formula “progettisti indicati” ma, trattandosi chiaramente di ipotesi di partecipazioni plurisoggettive (mentre nel caso di specie la partecipazione di (...) è pacificamente monosoggettiva, ossia in qualità di “operatore economico singolo”, non prendendovi parte in raggruppamento o in consorzio con altri soggetti economici), va da sé che il riferimento contenuto nella disposizione di gara (art. 5.1, pagg. 17 e 18, del disciplinare predetto) deve essere inteso nel senso di “progettisti formalmente indicati ma sostanzialmente associati”;

7.4.3. La tesi della parte appellante si fonda unicamente su alcune decisioni le quali

stabiliscono che pure i progettisti “indicati” debbano essere in possesso dei requisiti di affidabilità e di capacità di cui agli artt. 80 e 83 del codice dei contratti (tra queste, anche la citata sentenza n. 276 del 2021). Si tratta tuttavia di profili ben diversi da quelli presi qui in esame, ove si impongono requisiti di carattere strettamente organizzativo (impegno, in caso di nuove assunzioni, di riservare una *quota rosa e giovanile*). In altre parole i “progettisti indicati”, sulla base dei precedenti giurisprudenziali invocati dalla difesa di parte appellante (cfr. anche pag. 5 della memoria in data 17 novembre 2023), debbono essere in possesso dei soli requisiti soggettivi, professionali ed economici onde partecipare alla gara (affidabilità, moralità e capacità professionale ed economica, requisiti questi pacificamente posseduti dai progettisti indicati da (...) sulla base di quanto prescritto dal citato punto 5.2.3. del disciplinare di gara), laddove nel caso di specie si tratta per lo più di requisiti di tipo organizzativo da evidenziare nell’offerta (riserva di eventuali assunzioni in favore di donne e giovani) che, si ripete, sono posti soltanto in capo al soggetto che in concreto partecipa alla gara come concorrente (ossia l’*operatore economico* in senso stretto);

7.5. Sempre sul piano della interpretazione letterale, l’art. 47 del DL n. 77 del 2021 si riferisce nel complesso (cfr. anche commi 2, 3 e 3-*bis*) ai soli “operatori economici” e in tale novero – giova ripetere – non sono ricompresi anche i progettisti semplicemente “indicati” i quali, come già ampiamente detto, sono semplici prestatori d’opera professionali che non assumono il rischio di impresa ma che ricevono un compenso dall’aggiudicatario per le prestazioni offerte. A differenti conclusioni si sarebbe giunti ove soltanto i progettisti fossero stati “associati” e dunque assimilabili alla nozione di operatore economico in quanto si sarebbero assunti, in quel caso, anche il rischio di impresa. Tuttavia nel caso di specie la partecipazione di (...) è pacificamente monosoggettiva, ossia spesa nella qualità di “operatore economico singolo”, e dunque i relativi progettisti risultano soltanto “indicati” e non anche “associati”;

7.6. In chiave *logica e sistematica* si aggiunga inoltre che:

7.6.1. Se il progettista indicato non è offerente (punto 14 della Plenaria n. 13 del 2020 e

punto n. 12.1. della sentenza CGA n. 276 del 2021) allora non può essere considerato quale soggetto idoneo a produrre utilmente alcuna offerta. Se ancora le *quote rosa e giovanili* costituiscono “requisito necessario dell’offerta” (cfr. art. 47, comma 4terzo periodo, del DL n. 77 del 2021), va da sé che il medesimo “progettista indicato” giammai potrebbe assumere un simile impegno proprio in quanto non può formulare nessuna offerta in sede di gara (non essendo per l’appunto tecnicamente e giuridicamente qualificabile alla stregua di “offerente”);

7.6.2. Per di più, accedendo alla tesi della difesa di parte appellante (secondo cui anche i progettisti indicati debbono assumere il suddetto impegno assunzionale) si finirebbe per assegnare, alla luce della citata disposizione di gara secondo cui l’impegno medesimo “*deve essere soddisfatto complessivamente dal raggruppamento o consorzio in caso di partecipazione in forma associata*”, oneri meno gravosi a carico di “progettisti associati”, i quali corrono il rischio di impresa, e oneri più gravosi a carico di “progettisti indicati”, che tale rischio di impresa invece non corrono. Il che darebbe luogo ad una applicazione irrazionale e sproporzionata dei principi in materia di partecipazione alle gare e di *favor* per il genere femminile e per le nuove generazioni in generale;

7.7. Alla luce di quanto sopra considerato, l’art. 47 del DL n. 77 del 2021 deve pertanto essere suscettivo di stretta interpretazione (solo “operatori economici” e non anche “prestatori d’opera”) e ciò sia in un’ottica acceleratoria delle procedure PNRR nonché in ossequio al principio del *favor participationis* di cui all’art. 10 del nuovo codice dei contratti (decreto legislativo n. 36 del 2023);

7.8. A dimostrazione di quanto appena considerato depone anche il paragrafo 5 del DPCM 7 dicembre 2021 (Linee Guida sulla applicazione dell’art. 47 del DL n. 77 del 2021), secondo cui “*la disposizione introduce un obbligo rivolto al contraente principale*”, figura quest’ultima in cui non è annoverabile come visto il “progettista indicato” (che resta in posizione esterna rispetto alla struttura societaria o imprenditoriale che prende parte alla gara in forma monosoggettiva, proprio come nel caso di specie, ossia in qualità di “operatore economico singolo”);

7.9. Di conseguenza non sussisteva alcun obbligo di attivare il soccorso istruttorio da parte della SA. In questa direzione si condividono pienamente le conclusioni del giudice di primo grado secondo cui, in particolare:

“l’art. 13 citato stabilisce che “non è sanabile mediante soccorso istruttorio l’omessa dichiarazione sull’obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l’assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all’art. 5 del presente bando/ disciplinare”.

A ben vedere, la disposizione testé riportata non produce effetto nei confronti della controinteressata, posto che l’obbligo dichiarativo in essa menzionato trova applicazione solo rispetto al concorrente che ha presentato l’offerta, vale a dire la stessa (...), la quale ha prodotto tempestivamente la relativa dichiarazione (compilando l’allegato sub. 3 bis “Dichiarazioni PNRR”), senza quindi incorrere in alcuna carenza documentale.

Pertanto, la condotta del seggio di gara – laddove ha deciso di attivare comunque il soccorso istruttorio nei riguardi dei professionisti indicati per la progettazione – deve essere qualificata come una richiesta eccedente rispetto a quanto stabilito dalla lex specialis, in nessun modo in grado di fondare la pretesa esclusione dell’offerente” (cfr. punto 6.9. della gravata decisione di primo grado).

7.10. Per tutte le ragioni evidenziate, il primo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

8. Con il secondo motivo di appello si deduce che non sarebbe stato considerato che spettava alla stazione appaltante l’obbligo di motivare la sostenibilità dell’offerta economica “in base alla documentazione prodotta” (pag. 14 atto di appello). In ogni caso si evidenzia “la mancata giustificazione dell’utile ricavabile dalla commessa, il cui importo a dir poco risibile non consente di ritenere seria e valida l’offerta presentata” (pag. 15 atto di appello). Al riguardo si osserva che:

8.1. Innanzitutto, per giurisprudenza costante la valutazione positiva di anomalia non deve essere oggetto di analitica ed approfondita motivazione, da parte della stazione appaltante, essendo a tal fine sufficiente un rinvio *per relationem* ai giustificativi prodotti dal concorrente sottoposto a simile giudizio. Più in particolare è stato affermato che: *“il vizio motivazionale non assume rilievo, secondo costante giurisprudenza, in caso di esito positivo del*

giudizio di congruità dell'offerta, essendo sufficiente in tale evenienza motivare il provvedimento per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente, sempre che esse non siano manifestamente illogiche (Cons. Stato, III, 18 gennaio 2021, n. 544). Tale epilogo vale a maggiore ragione nell'ipotesi di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 6 giugno 2019, n. 3833; III, 19 ottobre 2020, n. 6317)” (Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021, n. 4753). Dunque, in estrema sintesi: nelle gare pubbliche il vizio motivazionale non assume rilievo in caso di esito positivo del giudizio di congruità dell'offerta;

8.2. Con riguardo ai principi più in generale espressi in tema di giudizio di congruità delle offerte si rammenta che, per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544):

“La sentenza n. 6317/2020, ha ricordato che “per giurisprudenza assolutamente pacifica e consolidata (da ultimo richiamata dalla sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 8909/2019), il sindacato giurisdizionale sulla valutazione di anomalia e di incongruità dell'offerta è regolato dai seguenti principi:

“mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale (Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5450; id., V 27 luglio 2017, n. 3702; id., III, 18 dicembre 2018, n. 7129);

*- in questa stessa direzione, la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce pur sempre espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla p.a. (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6689);*

*- un siffatto giudizio tecnico-discrezionale, per definizione, risulta insindacabile in sede giurisdizionale salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2018, n. 6689, cit.);*

- in applicazione dei principi generali in tema di riparto dell'onere probatorio, spetta alla parte ricorrente che contesti l'operato dell'amministrazione, quando la stazione appaltante abbia concluso positivamente il giudizio di congruità dell'offerta, addurre argomenti idonei a confutare tale giudizio ed a sostenerne la sindacabilità in ambito giurisdizionale nei limiti sopra detti".

La sentenza n. 2593/2019 ha poi osservato che "nelle gare pubbliche il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5387; 12 marzo 2018, n. 1541; 25 giugno 2018 n. 3924; 27 febbraio 2019, n. 1387; Sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336; 11 ottobre 2018, n. 5857). Anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta ovvero della sua sostenibilità/attendibilità, rientra nell'alveo dell'esercizio di un potere di discrezionalità tecnica attribuito alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione procedente (cfr. Cons. Stato, V 7 maggio 2018 n. 2689; 3 aprile 2018 n. 2051; Sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6838)".

Infine, come chiarito anche da questa Sezione nelle sentenze n. 2079/2019 e n. 3207/2020, "il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, riservato alla pubblica amministrazione, che è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, C.d.S., sez. V, 26 ottobre 2018 n. 6119; sez. III, 9 novembre 2018 n. 6326); anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti rientra nella discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed

evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione (ex multis, C.d.S., sez. V, 21 novembre 2017, n. 5387; sez. V, n. 6119/18 cit.)”;

8.3. Ebbene, alla luce delle indicate coordinate ermeneutiche si può dunque affermare che:

8.3.1. Il giudizio di congruità si era chiuso in senso favorevole per l'aggiudicataria e dunque alcun onere di puntuale e più specifica motivazione, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa di parte appellante, poteva gravare sulla stazione appaltante;

8.3.2. L'onere di dimostrare l'insostenibilità dell'offerta gravava a questo punto, proprio in applicazione dei suddetti principi giurisprudenziali, sulla sola originaria ricorrente;

8.3.3. Un siffatto onere probatorio, che doveva risultare diretto ad evidenziare profili di manifesta illogicità e incongruità o di palese erroneità, non è stato adeguatamente soddisfatto dal momento che la difesa di parte appellante si è genericamente limitata ad affermare che:

- “Una più attenta valutazione dei giustificativi prezzi allegati da (...) ... in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta avrebbe ... consentito di appurare che gran parte delle proposte economiche non erano più valide al momento della presentazione delle domande o comunque andavano a scadenza prima della prevista stipulazione del contratto ... di fatto ... (...) ... si è impegnata a svolgere un appalto sulla base di proposte commerciali di cui non avrebbe potuto garantire l'applicabilità in sede di esecuzione contrattuale” (pag. 15 atto di appello). Il tutto senza in ogni caso indicare più specificamente quali sarebbero le proposte scadute oppure quelle in scadenza e, soprattutto, i loro effetti qualitativi e quantitativi sull'offerta nel suo complesso;

- ed ancora, quanto all'utile ricavabile dalla commessa, che il relativo importo si sarebbe rivelato “a dir poco risibile”, tale ossia da non consentire “di ritenere seria e valida l'offerta presentata”. Utile che nel caso di specie sarebbe pari all'8% (cfr. pag. 15 atto di appello) e sulla cui “risibile” consistenza la difesa di parte appellante non ha tuttavia

evidenziato più specifiche ragioni di incongruità.

8.3.4. Pertanto, quanto alla contestazione del giudizio di anomalia la stessa si rivela piuttosto generica poiché non diretta a dimostrare, in concreto, la evidente insostenibilità dell'offerta e dei costi connessi.

8.4. Anche il secondo motivo di appello deve pertanto essere rigettato.

9. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

10. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la sostanziale novità e complessità della esaminata questione.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolò Lotti

IL SEGRETARIO