

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 7114 del 13 agosto 2024

Appalti di lavori – Verifica anomalia offerta – Tempistica procedimentale acceleratoria – Termine massimo in ossequio al principio del risultato

Pubblicato il 13/08/2024

N. 07114/2024REG.PROV.COLL.

N. 01777/2024 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 1777 del 2024, proposto da (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentate e difesa dagli avvocati Giuseppe (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero (...) e Provveditorato interregionale opere pubbliche (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero (...), Ministero (...), non costituiti in giudizio;

nei confronti

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio fisico eletto presso lo studio (...);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 166/2024, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...), di (...) s.r.l. e del Provveditorato interregionale opere pubbliche (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...), in sostituzione di (...), (...) e (...) e l'avvocato dello Stato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura aperta, ai sensi degli artt. 70 commi 1 e 4 e 71 del d. lgs. n. 36 del 2023, da aggiudicarsi con il criterio del maggior ribasso, previa valutazione di congruità delle offerte risultanti anormalmente basse ai sensi dell'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023, indetta dal Provveditore interregionale (...) con determina del 16 agosto 2023, riguardante il *“Piano PNRR -Palazzo di Giustizia di Genova – Piazza Portoria, n. 1 – Lavori di adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e dei tamponamenti esterni dell'edificio -I stralcio esecutivo -Adeguamento degli impianti di condizionamento ed elettrici?”* per un importo a base di gara pari ad € 6.673.943,59.

2. (...) s.r.l. (di seguito: “(...)”) ha impugnato i seguenti atti di gara:

-il decreto n. 780 del 7 dicembre 2023, di approvazione dei risultati e operazioni di gara, con dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione in favore della (...) s.r.l. (di seguito: “(...)”) dell'appalto dei *“lavori di adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e dei tamponamenti esterni. i^ stralcio esecutivo -adeguamento*

degli impianti di condizionamento ed elettrici” (cig (...));

-la esclusione della (...) per ritenuta offerta anormalmente bassa, comunicata via pec in data 27.11.2023, pervenuta priva delle motivazioni a corredo dell'esclusione;

-per quanto di interesse, la nota del rup 22 novembre 2023 n. I.0009653, pubblicata il 12 dicembre 2023, con cui è stata disposta l'esclusione della (...), con proposta d'aggiudicazione in favore della (...);

-il verbale di verifica sulla congruità delle offerte nelle sedute del 13 e 14 novembre, protocollato in data 17 novembre 2023 al n. 9485, non pubblicato, trasmesso il 16 gennaio 2024, nella parte in cui l'offerta della (...) è stata valutata anormalmente bassa;

-il verbale della seduta pubblica del 24 novembre 2023 di presa d'atto dell'esclusione, per quanto di interesse, della (...), recante anche l'aggiudicazione “*provvisoria*” alla (...), pubblicato il 12 dicembre 2023;

-tutti i verbali e le operazioni di gara.

Con il medesimo ricorso è stata altresì chiesta la declaratoria *ex art. 121 e ss c.p.a.* di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more con la (...), con domanda di subentro dello stesso, oltre che per la condanna anche ai sensi dell'art. 30 c.p.a., del ministero (...), a risarcire a (...) il danno ingiusto cagionatole dall'illegittima esclusione e dall'aggiudicazione dell'appalto in favore di (...), anzitutto in forma specifica con il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nel contratto, qualora stipulato, ovvero per equivalente monetario relativamente alla porzione del contratto e alle prestazioni in ipotesi consumate, ovvero anche in considerazione della perdita di chances e delle spese di partecipazione alla gara.

3. Il Tar Liguria, con sentenza 28 febbraio 2024 n. 166, ha respinto il ricorso.

4. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti (...), il Ministero (...) e il Provveditorato interregionale delle opere pubbliche (...).

5. All'udienza dell'11 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello è infondato.

7. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto il primo mezzo contenuto nel ricorso introduttivo.

In particolare l'appellante ha lamentato che la stazione appaltante ha confuso *“giustificazioni dei prezzi dei materiali con verifica di loro conformità”*, la Commissione ha male interpretato il contenuto della nota del rup del 26 ottobre 2023, oltre ad avere erroneamente ritenuto che (...) *“non ha presentato le offerte commerciali richieste dal RUP”*, attribuendo alla società una dichiarazione confessoria a conferma, e ha *“deciso unilateralmente di rinviare tali giustificazioni alla (tardiva) fase dell'esecuzione dei lavori”*.

7.1. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto non fondata la censura di violazione del contraddittorio procedimentale, omesso supplemento istruttorio, difetto di istruttoria e di motivazione.

7.2. I due motivi, che si esaminano congiuntamente in quanto connessi, sono infondati.

7.3. L'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023 disciplina la sequenza del subprocedimento di verifica dell'anomalia prevedendo che, in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa, le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni che ritiene necessarie, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni (comma 3).

Ricevute le spiegazioni *“la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti”* (comma 5).

La tempistica procedimentale stabilita dal legislatore prevede che il contraddittorio sia articolato in una sola richiesta istruttoria, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per l'inoltro delle giustificazioni.

La procedura è così delineata dallo stesso legislatore e si basa su un termine acceleratorio, *“non superiore”* a quindici giorni, che evidenzia la necessità del

superamento della prima parvenza di anomalia nel minor tempo possibile.

Detto termine, infatti, *“deve comunque essere congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste e delle altre esigenze che potranno venire in rilievo nel caso specifico”* ma *“fermo il rispetto del termine massimo previsto dalla legge”* (così la relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023). E’ quindi *“necessario seguire il procedimento descritto all’art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l’esclusione dell’operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo”* (così la relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023), senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori economici (Cgue, sez. IV, 15 maggio 2008, C-147/06).

L’impostazione accelerata della sequenza procedimentale (che nella gara qui controversa trova un ulteriore presidio in ragione del fatto che si tratta di appalto PNRR) si iscrive in un contesto di rispetto del principio del risultato, in base al quale le stazioni appaltanti *“perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo”* (art. 1 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Lo stesso articolo prevede espressamente che il principio del risultato *“costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”* (comma 4).

Pertanto, soccorrono specifiche regole di gara a presidiare il rispetto della sequenza e della tempistica procedimentale sopra delineata, regole che risultano coerenti con il principio di autoresponsabilità che informa le procedure di evidenza pubblica, nelle quali la partecipazione è condizionata a un’istanza del soggetto interessato, portatore di un interesse pretensivo che è affidato alla cura del medesimo, compulsato a evidenziare le proprie aspirazioni nel modo migliore e aderente alla legge di gara dalle stesse regole della competizione (che fra più aspiranti allo stesso bene della vita premiano il più performante).

7.4. Delineata la disciplina procedimentale, il subprocedimento di verifica di anomalia è stato qui avviato con nota 26 ottobre 2023 n. 8761, con la quale la stazione appaltante ha richiesto ai concorrenti, fra i quali la società appellante, il cui ribasso è risultato maggiore della media aritmetica dei ribassi offerti, le giustificazioni previste dal comma 3 dell'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023 (richiamato dalla sezione I lett. G del disciplinare).

Nel rispetto delle previsioni contenute nel sopra richiamato art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023 la stazione appaltante, con la suddetta nota 26 ottobre 2023, ha assegnato agli offerenti il termine finale del 10 novembre 2023 per presentare le giustificazioni, precisando espressamente che *“in caso di mancata o parziale presentazione di quanto richiesto, si procederà all'esclusione di codesta impresa”*. Il termine assegnato è di poco inferiore ai quindici giorni e quindi risulta rispettare le esigenze difensive dell'offerente, pur rispettando il termine (massimo) previsto dal legislatore.

L'espresso richiamo alla conseguenza espulsiva (*“in caso di mancata o parziale presentazione di quanto richiesto, si procederà all'esclusione di codesta impresa”*), contenuto nella richiesta istruttoria 26 ottobre 2023, rende evidente che il mancato riscontro della richiesta di giustificazioni comportano l'esclusione dell'offerente.

Nel merito si legge nella suddetta nota che, *“Al fine di valutare la congruità dell'offerta di codesta impresa formulata in sede di esperimento di procedura europea con procedura aperta per l'aggiudicazione dei lavori oggetto, si chiede, ai sensi dell'art. 110 commi 3 e 4 del D.Lvo 36/2023, la seguente documentazione giustificativa:*

A. *relazione descrittiva dei procedimenti lavorativi e delle soluzioni tecniche che l'impresa intende adottare per la esecuzione delle varie categorie di lavori previsti in appalto, nonché delle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'impresa per l'esecuzione degli stessi;*

B. *specifica delle spese generali sostenute dall'impresa per l'esecuzione delle opere in oggetto, con particolare riferimento alle peculiarità del sito di intervento;*

C. *costi di noleggio degli apprestamenti e delle attrezzature che codesta impresa intende utilizzare;*

D. relazione giustificativa del prezzo offerto per le seguenti categorie di lavorazioni omogenee”.

Nella stessa nota si precisa che “dovrà essere fornita dettagliata analisi del prezzo, corredata delle offerte commerciali dei materiali apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara delle seguenti categorie di lavorazioni?”.

Per quanto di interesse in questa sede, (...) ha presentato la relazione giustificativa ove ha affermato che *“tutti i materiali utilizzati saranno pienamente rispondenti ai requisiti prescritti dal Capitolato speciale d'appalto, dotati di apposita dichiarazione di conformità CE e sottoposti preventivamente all'approvazione della DL”* e ha allegato un documento che ha qualificato come offerta di un fornitore.

Ha poi aggiunto che *“Per tutte le voci di computo metrico richieste da codesta spett.le Stazione Appaltante, si allega offerta del Fornitore per tutti i materiali ivi previsti, significandoVi sin d'ora che la stessa comprende tutti i costi per trasporto, movimentazione ed ogni onere accessorio”.*

Per quanto di interesse in questa sede, all'esito dell'analisi dell'offerta e dei giustificativi, la Commissione di verifica ha rilevato che *“in riferimento al punto D della richiesta, si evidenzia che risultano presenti le Analisi dei prezzi seppur in forma non canonica ma le stesse risultano non complete di Offerte commerciali dei materiali/prodotti tali da dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto”*, aggiungendo che *“A conferma di ciò a pag. 2 della Relazione giustificativa l'Impresa stessa rimanda ad un successivo momento la formulazione completa della proposta dei materiali da impiegare in cantiere, affermando: “Tutti i materiali utilizzati saranno pienamente rispondenti ai requisiti prescritti dal Capitolato speciale d'appalto, dotati di apposita dichiarazione di conformità CE e sottoposti preventivamente all'approvazione della D.L.”.*

In conclusione la Commissione, *“preso atto che la documentazione giustificativa fornita dall'impresa risulta carente nei requisiti essenziali ad escludere, nella sua complessità, l'anomalia dell'offerta, ritiene la stessa non meritevole di giudizio favorevole di congruità”.*

La valutazione della stazione appaltante non merita censura sulla base dei motivi dedotti.

Innanzitutto la stazione appaltante ha svolto la verifica di anomalia nei confronti di

(...) in quanto la società ha offerto un *“notevole ribasso proposto del 41,011%”*. In particolare la società è stata sottoposta a verifica di anomalia in quanto è rientrata nel novero delle società che *“hanno offerto un ribasso maggiore della media aritmetica dei ribassi offerti”* (così dal verbale 24 ottobre 2023), nel rispetto dell’art. 110 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023 che stabilisce che la verifica di anomalia è svolta nei confronti dell’offerta che *“appaia anormalmente bassa”*.

Con la richiesta di giustificazioni la stazione appaltante ha chiesto, fra l’altro, la presentazione di *“offerte commerciali dei materiali apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara”*. *Detta richiesta risulta rispettosa del dettato normativo*. La verifica di anomalia è infatti volta a valutare *“la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta”* (art. 110 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023).

A tal fine la stazione appaltante può chiedere non solo *“le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti”* (comma 2 dell’art. 110) ma anche ulteriori spiegazioni (successivo comma 3), riguardanti *“l’economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione”* (lett. a), *“le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l’offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori”* (lett. b) e *“l’originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall’offerente”* (lett. c).

L’ampia possibilità istruttoria riconosciuta alla stazione appaltante si spiega in ragione del fatto che la valutazione della sostenibilità dell’offerta, e quindi della relativa congruità, serietà e realizzabilità, può presupporre la verifica di conformità della proposta presentata rispetto all’oggetto della commessa quanto al processo di fabbricazione dei prodotti o dei servizi o al metodo di costruzione, così come delle soluzioni o delle condizioni favorevoli di cui dispone l’offerente (art. 110 comma 3 lett. a e b del d. lgs. n. 36 del 2023).

Anche in base alla verifica di tali aspetti, infatti, può essere verificato se l’offerta presentata è sostenibile, superando il dubbio derivante dal fatto che il rilevante

ribasso o comunque l'offerta economica particolarmente vantaggiosa, possa derivare da un prodotto, un servizio o un'opera priva delle caratteristiche richieste dalla legge di gara.

E ciò anche rispetto a una gara, come quella qui controversa, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso (senza valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica): in tali procedure, infatti, *“la corrispondenza tra le forniture proposte dall'aggiudicataria e quelle richieste dal progetto predisposto rileva solo in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta nell'ambito della quale la stazione appaltante doveva verificare, come in effetti avvenuto, la congruità del prezzo offerto in relazione all'oggetto del contratto descritto dal capitolato speciale”* (Cons. St., sez. V, 4 novembre 2022 n. 9691).

Detta sentenza, richiamata dall'appellante, non depone in senso contrario in quanto in essa si legge che la verifica di anomalia è stata compiuta, appunto rispetto a una gara da aggiudicare sulla base del criterio del prezzo più basso, confrontando i chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante e forniti dall'impresa aggiudicataria, che hanno condotto all'accertamento della corrispondenza tra quanto richiesto dal progetto e quanto ha formato oggetto dell'offerta, determinando ragionevolmente un giudizio finale, complessivo, di adeguatezza del ribasso praticato, senza che rilevi il principio di equivalenza (che rende indifferente la marca del prodotto, se conforme alle caratteristiche richieste), né l'integrazione documentale richiesta dalla stazione appaltante in quel caso (su cui *infra*).

Del resto il passo richiamato dall'appellante evidenzia come *“Coerentemente a tali previsioni della lex specialis, l'aggiudicataria ha giustificato il prezzo dei chiusini proposti (a marca Ferb, delle caratteristiche equivalenti al prodotto a marca Pam-Saint Gobain) attraverso l'offerta del fornitore e la stazione appaltante ha ritenuto adeguata tale giustificazione, chiedendo unicamente di fornire le schede tecniche del prodotto proposto, che l'Impresa (...) ha trasmesso con le integrazioni del 20 settembre 2021”*.

L'assunto dimostra che dall'offerta del fornitore è stato possibile evincere lo specifico prodotto, laddove la richiesta della scheda tecnica si spiega invece in

ragione del principio di equivalenza. Sicché, allorquando l'Amministrazione valuta la sostenibilità dell'offerta, anche nell'ambito di una gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, può richiedere giustificazioni relative a verificare che l'offerta sia stata formulata considerando i prezzi di mercato e che i prezzi facciano riferimento a prodotti e servizi aventi le caratteristiche necessarie per eseguire la commessa.

In tal senso quindi la valutazione di conformità del prodotto non è estranea alla verifica di anomalia, che è funzionale proprio a verificare che l'offerta economica sia sostenibile, quindi non produca una perdita, sia congrua rispetto alla legge di gara e all'oggetto della commessa, seria rispetto alle condizioni di mercato e realizzabile, e quindi non siano individuabili circostanze ostative all'esecuzione della commessa.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha chiesto alla società appellante di produrre non solo l'analisi dei prezzi ma anche le *“offerte commerciali dei materiali apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara”*, in modo da avere a disposizione il parametro commerciale necessario per verificare in concreto la congruità del ribasso offerto. Pertanto la richiesta delle offerte commerciali contenuta nella nota 26 ottobre 2023 sia funzionale alla verifica di anomalia.

Nel verbale delle attività compiute nei giorni 13 e 14 novembre 2023 dalla Commissione si legge, con riferimento al punto D della richiesta, che le giustificazioni presentate non sono *“complete di Offerte commerciali dei materiali/prodotti tali da dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto”* (verbale datato 17 novembre 2023 prot. n. 9485).

L'appellante ha invece affermato che le offerte commerciali sono contenute nel documento dallo stesso denominato *“offerta Fornitore”* (così dalla relazione presentata in sede di verifica di anomalia). In detto documento è indicato il riferimento alla voce del computo metrico estimativo predisposto dalla stazione

appaltante, la descrizione ivi contenuta, la quantità, il costo e l'importo complessivo.

Detto documento, pur contenendo l'indicazione del prezzo, non contiene invece riferimenti specifici ai prodotti, così non consentendo di verificare che il prezzo corrisponda a un prodotto che ha i requisiti previsti dal computo metrico.

Esso non integra quindi quanto richiesto dalla stazione appaltante con nota 26 ottobre 2023, che ha ad oggetto le “*offerte commerciali*” dei materiali “*impiegati*”, cioè degli specifici prodotti che la società intende utilizzare e che ha considerato per la formulazione del ribasso offerto, con la specificazione che debbono essere rispettosi delle caratteristiche del progetto (“*nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara*”), fatto salvo quindi il principio di equivalenza. Sicché la stessa richiesta della stazione appaltante contiene la precisazione circa la necessità di acquisire elementi ulteriori rispetto a quelli contenuti nel progetto, idonei a verificare la conformità del prodotto allo stesso e quindi la congruità del parametro commerciale considerato.

Pertanto dall'offerta commerciale, così come richiesta dalla stazione appaltante, deve potersi evincere quali prodotti, fra quelli presenti sul mercato e aventi le caratteristiche indicate nel computo metrico, la società intende acquistare e il cui prezzo ha considerato nella formulazione del ribasso.

Il documento presentato da (...) in sede di verifica di anomalia è invece privo di elementi che consentano di associare alle singole voci (previste nel computo metrico) specifici prodotti commerciali reperibili sul mercato, e rispetto ai quali sia possibile svolgere la valutazione di congruità, che implica di approfondire la relazione fra ribasso offerto, i prezzi dei singoli prodotti e la conformità di questi al computo metrico, in modo da valutare ex ante la sostenibilità del contratto in fase esecutiva (in questo senso va interpretata l'osservazione circa inidoneità delle offerte commerciali a “*dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto*”).

E ciò in quanto, mentre nei contratti fra privati la valutazione di convenienza del contratto è, in via generale, riservata a ogni singola parte, che se ne assume la responsabilità, nei contratti con l'Amministrazione le esigenze connesse alla necessità di assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico impone alla stazione appaltante di valutare la sostenibilità ex ante dell'offerta presentata, in modo da evitare problematiche esecutive che possono essere evitate.

Né supera il rilievo il richiamo dell'appellante al fatto che *“l'offerta commerciale di (...) Spa riprende tutti i marchi e codice prodotto posti a capitolato, quali ad esempio: -Corpi illuminanti – TIPO RELCO O EQUIVALENTE – cfr voci da NP.IE.001 a NP.IE.018 -Quadri elettrici – TIPO ABB O EQUIVALENTE – cfr voci da NP.IE.22 a NP.IE.28 e da NP.IE.70 a NP.IE.76 -Modulo fotovoltaico – TIPO SUNPOWER O EQUIVALENTE – cfr voce NP.IE.069”*.

Il computo metrico, come evidente anche da quanto riportato dall'appellante, si limita a indicare *“TIPO RELCO O EQUIVALENTE”*, *“TIPO ABB O EQUIVALENTE”* e *“TIPO SUNPOWER O EQUIVALENTE”*, con la conseguenza che la stazione appaltante può verificare in sede di valutazione di anomalia se l'offerta commerciale di cui ha tenuto conto la società per formulare il ribasso sia riferita a un prodotto di quella tipologia o equivalente.

Del resto, nell'elaborato RS_ESE_DOC 02, nei termini richiamati dallo stesso appellante, si legge che *“l'impianto è stato dimensionato con macchine in pompa di calore tipo Daikin, scelte diverse devono avere i requisiti riportati di seguito e meglio indicati nelle specifiche tecniche, devono essere di primaria scelta e rispondere alle rese energetiche indicate. Scelte diverse da quella indicata devono comportare necessariamente la riverifica delle tubazioni, dei giunti delle distanze massime consentite a cura della ditta”*: dal che si desume, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, che *“le indicazioni di computo e di progetto”* non sono esaustive, lasciando margini di apprezzamento agli operatori economici, e comunque richiedendo la valutazione delle specifiche offerte, rispettose del progetto, considerate ai fini dell'indicazione del ribasso.

In tale contesto il documento prodotto da (...) non contiene quindi elementi idonei a consentire alla stazione appaltante di verificare che i prodotti che la società ha inteso acquistare per eseguire la commessa siano conformi al computo metrico, limitandosi a riportare la descrizione ivi contenuta (in tal senso irrilevante).

Risulta quindi pertinente l'osservazione, contenuta nel verbale delle operazioni svolte il 13 e il 14 novembre 2024, in base alla quale le giustificazioni non risultano complete delle *“offerte commerciali dei materiali/prodotti tali da dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto”*.

La rilevanza della spiegazione posta a base della decisione di esclusione deriva dalla sopra illustrata nozione di congruità, espressione, fra l'altro, della verifica di corrispondenza fra prezzo del prodotto considerato per la formulazione del ribasso offerto e conformità del prodotto alle caratteristiche richieste dal progetto. Del resto (...), dichiarando che *“tutti i materiali utilizzati saranno pienamente rispondenti ai requisiti prescritti dal Capitolato speciale d'appalto, dotati di apposita dichiarazione di conformità CE e sottoposti preventivamente all'approvazione della DL”*, ha assunto un impegno nel futuro, che rimanda alla fase esecutiva la valutazione di conformità, laddove si è già illustrato sopra come detta valutazione possa essere funzionale anche al giudizio di anomalia.

E che la stessa appellante abbia ritenuto che l'Amministrazione non potesse, nell'ambito della verifica di congruità, valutare la conformità del prodotto e che quindi (...) l'abbia rinviata alla fase esecutiva è attestato dal ricorso in appello, laddove si legge che *“l'appellante ha rinviato alla fase esecutiva -in specie alla previa approvazione del direttore lavori-non già la verifica di congruità del prezzo dei materiali/prodotti offerti e dunque le giustificazioni tout court (che sono state fornite), bensì il vaglio di loro conformità alle caratteristiche tecnico/prestazionali del progetto”*: pertanto è lo stesso appellante ad affermare di avere rinviato alla fase esecutiva la verifica di conformità dei prodotti.

Ritenuto che la stazione appaltante possa chiedere, in sede di verifica di anomalia,

delucidazioni sulla tipologia di prodotto e sulla conformità dello stesso al progetto (al fine di verificare la congruità dell'offerta economica), che il Provveditorato le abbia chieste e che (...) non abbia prodotto quanto richiesto, risulta giustificata l'affermazione contenuta nel verbale datato 17 novembre 2023, circa il fatto che le giustificazioni presentate non sono *“complete di Offerte commerciali dei materiali/prodotti tali da dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto”*, così motivando la mancata comprova della congruità del ribasso offerto, nel complesso considerato, e quindi nel rispetto della valutazione globale che caratterizza la verifica di anomalia.

Né la disciplina di settore impone alla stazione appaltante di reiterare la richiesta già formulata con la nota di avvio della verifica di anomalia. In base alla regola dettata dall'art. 110 comma 5 del d. lgs. n. 36 del 2023, *“la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti”*, che comprende anche il caso in cui le spiegazioni fornite non giustificano l'offerta, non comprendendo tutti i dati richiesti dalla stazione appaltante per superare il primo giudizio di anomalia (*“appaia anormalmente bassa”*, così l'art. 110 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023).

Né detta condizione è meramente formale, nel contesto procedimentale delineato, anche in punto di tempistiche, dall'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023, in quanto, atteso che *“spetta all'offerente fornire nell'ambito del contraddittorio procedimentale le prove documentali a supporto della asserita sostenibilità della sua offerta ai sensi dell'art. 97, comma 5, del D.Lgs. 50 del 2016”* (Cons. St., sez. V, 28 giugno 2021 n. 4867) e che è previsto un termine *“massimo”* (così come sopra anticipato) per il riscontro istruttorio alla richiesta di giustificazioni, ne deriva che la mancata comprova di detta sostenibilità non consente di superare la (precedente) valutazione che ha determinato la sottoposizione dell'offerta alla verifica di anomalia, cioè che l'offerta *“appaia anormalmente bassa”*. Del resto, se si consentisse di produrre, oltre il termine assegnato, la documentazione richiesta con la nota che ha dato avvio alla verifica di

anomalia, verrebbe meno la funzione (acceleratoria) del termine “*massimo*”. Pertanto, considerato quanto sopra, l’offerente non può pretendere che la stazione appaltante, che deve assicurare “*il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività*”, assegni un ulteriore termine per il supplemento istruttorio, peraltro a un soggetto che neppure ha dato conto di un’eventuale difficoltà di reperimento del documento o di elementi nuovi o sopravvenienze (e senza quindi che sia necessario valutare la rilevanza, o meno, di un’eventuale comunicazione in tal senso).

E ciò a maggior ragione se si considera che la legge di gara (non impugnata) ha previsto il soccorso istruttorio per “*le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l’offerta economica*”. Del resto, già nel vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, e quindi in mancanza delle specifiche previsioni sopra richiamate contenute nel d. lgs. n. 36 del 2023, si è stabilito che “*l’art. 97, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede per la verifica di anomalia dell’offerta una struttura monofasica del procedimento (non più trifasica, cioè articolata in giustificativi, chiarimenti, contraddittorio, come era nel vigore dell’art. 87 del D.Lgs. n. 163 del 2006) e, pur consentendo alla stazione appaltante di fare luogo ad ulteriori approfondimenti istruttori successivi alla presentazione delle “spiegazioni”, non introduce alcun obbligo in tale senso*” (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2023 n. 9119 e 10 maggio 2023, n. 4731).

In ogni caso, nella presente controversia, che la mancata produzione della documentazione richiesta con nota 26 ottobre 2023 integra la previsione indicata nella stessa nota, cioè la “*mancata o parziale presentazione di quanto richiesto*” al fine di giustificare il ribasso offerto.

L’espreso richiamo alla conseguenza espulsiva (“*in caso di mancata o parziale presentazione di quanto richiesto, si procederà all’esclusione di codesta impresa*”) contenuto nella stessa richiesta istruttoria 26 ottobre 2023 (non impugnata, né censurata sul punto) rende evidente che il mancato riscontro alla richiesta di giustificazioni comporta l’esclusione dell’offerente.

Né rileva in senso contrario il fatto che (...) abbia favorevolmente superato la verifica di anomalia in altra gara, peraltro disciplinata dal d. lgs. n. 50 del 2016, atteso che la relativa valutazione è connotata da ampia discrezionalità tecnica e che la documentazione depositata in giudizio non comprende le offerte dei fornitori (benché richiamate nelle giustificazioni, nelle quali si legge che “Si allegano le offerte dei Fornitori per i materiali, noli ed attrezzature indicati nelle schede di analisi prezzo qui prodotte ed allegate”).

7.6 Tanto basta per respingere i due primi motivi di appello, assorbita ogni altra censura avverso la sentenza del giudice di primo grado.

8. L'infondatezza dei primi due motivi di appello rende infondato anche il terzo motivo, volto a riformare il capo della sentenza che ha respinto la domanda demolitoria dell'aggiudicazione disposta a favore di (...) per illegittimità derivata (dall'illegittima, in tesi, esclusione di (...)), e dell'ulteriore mezzo finalizzato alla riforma della reiezione della domanda risarcitoria.

Il terzo motivo è infatti basato sulla considerazione in base alla quale *“La sopra evidenziata erroneità e ingiustizia dei capi di sentenza che respingono la prima e la seconda censura di (...) determinano, di riflesso, l'erroneità anche del capo della pronuncia impugnata che respinge la terza doglianza, con la quale si denunciava l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione a favore di (...)”*: non essendosi verificata la prima condizione cioè la riforma dei capi della sentenza impugnati con i primi due motivi d'appello risulta infondato anche detto mezzo.

8.1. La domanda risarcitoria è stata respinta dal Tar *“per difetto dei presupposti in conseguenza del rigetto della parte impugnatoria del ricorso”*, così non meritando anch'essa di essere riformata a seguito di conferma della reiezione della domanda demolitoria.

8.2. L'esito del giudizio sulla domanda demolitoria esime altresì il Collegio dal valutare la domanda di tutela in forma specifica, riproposta in appello e basata sull'erroneità della reiezione della domanda demolitoria (appunto confermata).

1. In conclusione, l'appello va respinto.
2. La novità delle questioni giuridiche sottese giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO