

## **Nelle procedure di gara il giudice non può valutare la congruità dell'offerta economica e le singole voci che la caratterizzano ma interviene in caso di comportamento della stazione appaltante manifestamente erroneo ed irragionevole**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 20-4-2021*

Va preliminarmente ricordato che, per consolidata giurisprudenza (ex multis, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6023), il giudizio della stazione appaltante sull'anomalia delle offerte presentate in una gara è ampiamente discrezionale ed espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; pertanto, se il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, non può per contro procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione, di talché tale sindacato rimane limitato ai casi di "macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto" (in termini, anche Cons. Stato, V, 24 agosto 2018, n. 5047); lo stesso dicasi per l'esame delle giustificazioni, anch'esso espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'amministrazione (Cons. Stato, V, 8 luglio 2014, n. 3459; V, 6 giugno 2012, n. 3340; V, 29 febbraio 2012, n. 1183).

Con il secondo motivo di appello viene invece riproposta la censura già formulata nel primo motivo di ricorso introduttivo, secondo cui erroneamente la stazione appaltante non avrebbe assunto, nei confronti dell'Ati Tecnotratti, alcun provvedimento formale di esclusione dalla gara, in violazione di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016; né potrebbe sostenersi, come fa il primo giudice, che il provvedimento di esclusione sarebbe compreso nel giudizio di anomalia espresso nella nota interna del Rup.

Neppure questo motivo è fondato: ritiene infatti il Collegio che il provvedimento di esclusione debba intendersi implicitamente ricompreso nell'esito sfavorevole all'impresa del giudizio di anomalia, dal momento che quest'ultimo impedisce ogni valorizzazione dell'offerta, ai fini della successiva aggiudicazione.

Spesso nel settore degli appalti pubblici il confronto che si instaura tra la stazione appaltante e gli operatori economici induce il giudice a verificare, in modo puntuale e dettagliato, le potenziali conseguenze, positive o negative, che possono scaturire dal citato rapporto.

Indubbiamente in tale sezione vige un filo, che seppur sottile, lega inesorabilmente le parti,

tutte interessate alla positiva conclusione della procedura di gara.

Certamente la materia nella quale possono sorgere inevitabili conseguenze tra gli interessati è quella che induce la stazione appaltante ad adottare una decisione in relazione ad un'offerta anomala.

La sentenza in esame riesce a percepire i suindicati delicati rapporti intercorrenti tra le parti e delinea, inoltre, gli ambiti operativi della stazione appaltante e quando tale attività possa essere oggetto di particolare attenzione da parte del giudice amministrativo.

Forte della consolidata giurisprudenza, il Consiglio di Stato afferma inequivocabilmente che quando la citata amministrazione aggiudicatrice decide che un'offerta presentata in sede di gara sia palesemente anomala la stessa amministrazione stia necessariamente operando tramite la *discrezionalità tecnica*.

La dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate in passato su tale tematica; in questa sede non verranno esaminati i noti orientamenti sulla distinzione tra sindacato *intrinseco* ed *estrinseco* del giudice e sulla natura, più o meno incisiva, del controllo, da parte dello stesso giudice, se, in particolare, di natura *forte* o *debole*. Indubbiamente la pronuncia in argomento ha dettato un chiaro principio: il giudice amministrativo può sindacare il *modus agendi* dell'amministrazione solo se lo stesso operare sia manifestamente e microscopicamente erroneo ed irragionevole. Al contrario lo stesso giudice non può assolutamente intervenire sulla congruità dell'offerta e sulle singole voci che la caratterizzano; infatti, in tal modo, il suo comportamento invaderebbe necessariamente la sfera dell'amministrazione, causando, di conseguenza, l'inevitabile alterazione degli equilibri tra poteri dello Stato.

La pronuncia in esame è degna di ulteriore attenzione in quanto la stessa tratta anche della questione dell'esclusione dell'operatore economico. In particolare la discussione si è soffermata sul fatto se la stazione appaltante avesse dovuto adottare un espresso provvedimento sfavorevole ai danni dell'operatore economico; tesi sostenuta dall'appellante alla luce di quanto disposto dall'articolo 97, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50.

Sul punto il Collegio ha chiarito che il provvedimento di esclusione dalla gara per accertamento del giudizio di anomalia non deve essere necessariamente predisposto in forma scritta; infatti detta estromissione, ha concluso la Sezione, deve intendersi ricompresa in modo implicito nell'esito sfavorevole per l'impresa del suddetto giudizio di anomalia; di conseguenza tale valutazione impedisce ogni valorizzazione dell'offerta in relazione alla successiva aggiudicazione dello stesso appalto.

**LEGGI LA SENTENZA**

Publicato il 29/03/2021

**N. 02594/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 06301/2020 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6301 del 2020, proposto da Tecnotatti s.r.l. in proprio e nella sua qualità di capogruppo mandataria di costituenda Ati con Selca s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese e Marco Petrone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Oslavia n. 28;

***contro***

Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

***nei confronti***

Giuggia Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Borioni e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 157/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale e di Giuggia Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Valerio Perotti, uditi per le parti gli avvocati Inglese e Dal Piaz e data la presenza dall'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con bando del 4 aprile 2019, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale indiceva una procedura aperta di gara, da aggiudicarsi sulla base del criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei lavori di manutenzione stradale, segnaletica e pronto intervento nelle aree del porto di Genova.

All'esito della valutazione delle offerte, risultava prima graduata quella presentata dal Rti tra Tecnotatti s.r.l. e Selca s.r.l., che aveva indicato il ribasso del 61,25% sull'importo di euro 1.959.637,71 posto a base di gara; seconda classificata risultava invece l'offerta di Giuggia Costruzioni s.r.l., che aveva indicato un ribasso del 54,20%.

Risultando però superiore alla soglia di anomalia del 41,65%, l'offerta del Rti primo graduato veniva sottoposta a verifica di congruità.

Con nota del 21 maggio 2019, la stazione appaltante chiedeva spiegazioni relative a tutti i prezzi offerti, con richiesta di specificazione dell'utile d'impresa, delle spese generali, dei preventivi delle ditte fornitrici, delle analisi prezzi e dei noleggi.

Valutate le giustificazioni fornite dalle imprese del raggruppamento, la stazione appaltante riteneva quindi di dover chiedere ulteriori chiarimenti in ordine alla riduzione dei costi relativi ad alcune voci di prezzo rispetto a quanto indicato nell'offerta, alla mancanza dell'analisi dei costi orari dei mezzi operativi ed al costo orario della manodopera.

Facevano seguito ulteriori giustificativi, lo svolgimento di un contraddittorio orale sulle rilevate criticità ed un'ultima richiesta di chiarimenti e documentazione.

Infine, con nota del 12 agosto 2019, la stazione appaltante trasmetteva la valutazione di anomalia dell'offerta formulata dal Rup, nella quale si evidenziavano specifici indici di incongruità in ordine alla squadra operativa, al prezzo del conglomerato bituminoso, alla possibilità di elevare la portata dei mezzi ed alla produttività dichiarata.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Liguria, Tecnotatti s.r.l. impugnava la valutazione di anomalia dell'offerta ed il provvedimento di aggiudicazione della gara a Giuggia Costruzioni s.r.l., deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Violazione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241/1990 e s.m.i., con riferimento all'art. 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria.*
- 2) *Incompetenza. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 della legge n. 84/1994 e s.m.i., anche con riferimento all'art. 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria.*
- 3) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dei principi di proporzionalità, imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta.*
- 4) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, anche in relazione all'art. 95, comma 10, del medesimo decreto legislativo. Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, illogicità.*

Si costituivano in giudizio l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale e la controinteressata Giuggia Costruzioni s.r.l., concludendo per il rigetto del gravame.

Con sentenza 2 marzo 2020, n. 157, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che i rilievi di parte ricorrente non avessero fatto emergere alcun profilo di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale atto ad inficiare la valutazione di anomalia operata dalla stazione appaltante.

Avverso tale decisione, Tecnotatti s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui è stato respinto il IV motivo di ricorso.*
- 2) *Erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui è stato respinto il I motivo di ricorso.*
- 3) *Erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui è stato respinto il II motivo di ricorso.*
- 4) *Erroneità della sentenza appellata, nella parte in cui è stato respinto il III motivo di ricorso.*

L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale si costituiva in giudizio, eccependo l'infondatezza dell'appello.

Anche Giuggia Costruzioni s.r.l. si costituiva, parimenti chiedendo che il gravame fosse respinto.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza dell'11 marzo 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene ripresa la censura già dedotta nel quarto motivo del ricorso introduttivo, secondo cui la verifica dell'anomalia condotta dall'Autorità Portuale sarebbe stata caratterizzata da errori gravi e manifesti, ciascuno dei quali idoneo ad invalidare il relativo giudizio.

In particolare, secondo l'appellante sarebbero emerse otto rilevanti incongruenze nel ragionamento dell'amministrazione, concernenti in particolare: 1) la modificabilità delle giustificazioni; 2) il limitato esame delle giustificazioni offerte (articolate sui 110 prezzi dell'appalto e su molti profili ricostruttivi); 3) l'erronea valutazione della voce 7 (conglomerato bituminoso, unica voce realmente considerata, secondo l'appellante); 4) i permessi autostradali per l'utilizzo di mezzi più grandi; 5) i costi di manutenzione e di assicurazione dei mezzi; 6) il tempo di percorrenza dei mezzi; 7) il peso specifico del conglomerato bituminoso; 8) l'analisi prezzi una squadra-tipo.

In particolare, il primo giudice – dopo aver richiamato il principio in base al quale il giudizio di anomalia non deve avere ad oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica, bensì la complessiva affidabilità della stessa – ha pur tuttavia ricordato che detto giudizio può anche basarsi su una singola voce, se questa incide significativamente sull'offerta complessiva.

Su queste premesse la sentenza impugnata apoditticamente concluderebbe che non vi sarebbe stata alcuna macroscopica illogicità o erroneità fattuale nella valutazione di anomalia resa dall'Autorità Portuale, che si sarebbe ragionevolmente concentrata sull'analisi delle voci relative alle lavorazioni per la stesa del conglomerato bituminoso, rappresentanti l'attività principale di un appalto di lavori di manutenzione stradale.

Tale conclusione viene però contestata da parte appellante, che evidenzia come si trattasse, in realtà, di una singola voce (più poche altre ad essa collegate) tra ben 110 voci di prezzo.

*In estrema sintesi, "il primo giudice si è soffermato esclusivamente sulla stesura di mq 2.000 giornalieri di conglomerato bituminoso che il RUP, "sulla base di calcoli analitici", avrebbe giudicato inattendibile in quanto implicante l'utilizzo di almeno sei autocarri giornalieri, a fronte dei quattro autocarri per il trasporto del bitume risultanti nel parco veicoli dichiarato dal raggruppamento, uno solo dei quali soddisfa il valore di portata indicato nell'analisi prezzi".*

A fronte di tale incompleta considerazione delle difese della società ricorrente (nulla essendo stato detto in ordine agli altri motivi di impugnazione), la problematica relativa ai mezzi necessari per eseguire la stesa del binder sui (teorici) 2.000 mq di superficie sarebbe stata mal posta e mal risolta sia dall'Autorità Portuale – in sede di verifica dell'anomalia – che in sentenza, nel giudicare il ricorso.

Invero, la stazione appaltante aveva chiesto alla Tecnostratti s.r.l. di quali mezzi tecnici la costituenda Ati disponesse in proprietà, ritenendo insufficienti quelli indicati per una regolare esecuzione dell'appalto (nella specie, l'appellante aveva risposto di possedere un autocarro da 180 q.li, laddove per la posa giornaliera di 2.000 mq di *binder* ne occorrevano quattro); con ciò facendo, però, l'amministrazione non avrebbe tenuto conto del fatto che l'operatore economico ben poteva far fronte alle maggiori necessità tecnico-logistiche noleggiando i mezzi mancanti.

Tale possibilità era stata invero rappresentata da Tecnostratti s.r.l. già nell'incontro tra le parti del 2 agosto 2019, nel corso del quale era stato espressamente indicato che, qualora fosse stata necessaria una stesa giornaliera del *binder* su 2000 mq, sarebbero stati necessari un maggior numero di autocarri (oppure autocarri di portata maggiore), che l'Ati avrebbe a quel punto preso a nolo, ottenendo pure una riduzione dei costi (il costo per il noleggio di un bilico da 320 quintali essendo pari a 59 euro/h oltre iva).

L'Autorità Portuale, però, non sollevava contestazioni sotto tale profilo, ma su aspetti da considerarsi irrilevanti (quali tempi di trasporto, avuto riguardo a eventuali soste dei mezzi ed il peso specifico del bitume), atteso che non di appalto stradale si trattava – con la necessità di asfaltare una superficie estesa – bensì di un mero appalto di manutenzione e pronto intervento, nel quale vi sarebbero state essere decine (se non centinaia) di interventi di ogni ampiezza, con conseguente impossibilità di conoscere a priori l'estensione di ciascuno di essi.

Non sarebbe quindi corretto “*analizzare una stesa giornaliera di binder su un piazzale da 2.000 mq [...] perché si tratta di valore medio*”; né tale superficie potrebbe essere considerata un valore effettivo e concreto cui conformarsi, arguendo dal fatto che l'offerta dell'Ati Tecnostratti addirittura indicava “*potenziali più ampi*” rispetto alla previsione di mq 2.000 giornalieri.

Il motivo non è fondato.

Va preliminarmente ricordato che, per consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6023), il giudizio della stazione appaltante sull'anomalia delle offerte presentate in una gara è ampiamente discrezionale ed espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; pertanto, se il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, non può per contro procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione, di talché tale sindacato rimane limitato ai casi di “*macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto*” (in termini, anche Cons. Stato, V, 24 agosto 2018, n. 5047); lo stesso dicasi per l'esame delle giustificazioni, anch'esso espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'amministrazione (Cons. Stato, V, 8 luglio 2014, n. 3459; V, 6 giugno 2012, n. 3340; V, 29 febbraio 2012, n. 1183).

Ciò premesso, ritiene il Collegio, alla luce delle risultanze di causa e degli oggettivi riscontri forniti dall'amministrazione appellata, che le incongruenze segnalate dall'appellante in realtà

non evidenzino delle macroscopiche incongruenze tali da infirmare il giudizio di anomalia, trattandosi piuttosto di contro-valutazioni da sovrapporre a quelle già espresse dalla stazione appaltante in merito al contenuto dei giustificativi presentati.

In particolare, riguardo alle considerazioni di cui al punto 4.1) relative alla pretesa modificabilità

delle giustificazioni presentate, va rilevato che la stazione appaltante – pur dopo aver evidenziato (nel corso dell'audizione del 2 agosto 2019) l'intervenuta modifica di alcune voci di prezzo tra le prime e le seconde giustificazioni, così profonda e strutturale da apparire di dubbia legittimità (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 5 giugno 2015, n. 2770; V, 5 marzo 2019, n. 1538, secondo cui *“il concorrente di una gara pubblica, al fine di giustificare la congruità dell'offerta, può rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate inizialmente nell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tali da pervenire ad un'offerta diversa rispetto a quella iniziale”*) – comunque aveva esaminato anche i secondi giustificativi prodotti, che però non erano sufficienti a confortare la sostenibilità ed affidabilità dell'offerta.

Quanto invece al punto 4.2), relativo alla presunta esiguità delle voci di prezzo esaminate dalla stazione appaltante, deve rilevarsi, in base al contenuto delle note prot. n. 13250 del 21 maggio 2019 e n. 17364 del 4 luglio 2019, che questa ha in realtà tenuto conto di una pluralità di voci, per poi incentrare la propria attenzione, peraltro comprensibilmente, su quelle di maggior rilevanza al fine del raggiungimento del ribasso offerto (ossia le voci 7, 8, 9 e 10, che nel complesso rilevavano per più del 50% del valore dell'appalto).

Non emergono quindi elementi da cui arguire – *ictu oculi* – che l'attendibilità dell'offerta non sia stata valutata nel suo complesso, ciò non essendo certo contraddetto dall'approfondimento tecnico delle voci di maggiore significatività in ordine all'oggetto dell'appalto.

Quanto sopra vale anche in relazione alle contestazioni di cui al punto 4.3), riferite alla voce 7 (stesa del conglomerato bituminoso o *binder*), trattandosi della prestazione che da sola incide per circa il 40% del valore dell'affidamento. Al riguardo, correttamente evidenzia l'amministrazione come proprio il valore di produzione giornaliera pari a 2.000 mq di *binder* fosse stato assunto a parametro di riferimento dall'Ati Tecnotratti s.r.l. nelle analisi fornite alla stazione appaltante e quindi confermato sia occasione dell'audizione del 2 agosto 2019, sia nei coevi giustificativi scritti.

Né il valore in questione poteva ritenersi puramente teorico, avendo concorso alla determinazione ed alla giustificazione del prezzo offerto.

Anche in ordine alle considerazioni di cui al punto 4.4), concernenti l'aumento della capacità di trasporto del conglomerato bituminoso da 9 mc a 12 mc per ogni viaggio grazie ad appositi permessi autostradali, deve concludersi che le conclusioni raggiunte dalla stazione appaltante – secondo cui le stime fornite dall'Ati Tecnotratti sarebbero state incerte ed ipotetiche – non sono manifestamente contraddette dalle risultanze in atti. Al riguardo, è infatti verosimile il rilievo dell'amministrazione secondo cui *“le analisi dei giustificativi sono state eseguite con*



*riferimento a quanto proposto dall'impresa e [...] comunque, le variazioni di carico (in aumento) successivamente ipotizzate ex avverso non avrebbe risolto (ma semmai aggravato ulteriormente) la problematica della carenza dei mezzi evidenziata dall'AdSP. Infatti, l'analisi tecnica proposta dal concorrente escluso ha messo in evidenza che per sostenere la produttività giornaliera assunta per la determinazione del prezzo offerto a mq sarebbero comunque necessari almeno n° 6 autocarri della portata di 180 qli/cadauno (considerando il tempo di trasporto di 2 ore dall'impianto di produzione all'area di cantiere valore indicato dall'impresa) che non sono presenti nel parco autoveicoli esposto dall'impresa in tutta la documentazione consegnata”.*

Quanto poi al punto 4.5), attinente ai costi di manutenzione e di assicurazione dei mezzi, in disparte la marginalità economica degli stessi eccettata dall'amministrazione appellata, va favorevolmente apprezzato il rilievo secondo cui, per la stima delle spese di consumo e manutenzione ordinaria e straordinaria, sarebbe “necessario riferirsi al quantitativo annuo di ore effettivamente lavorate da ciascun mezzo”, laddove “il valore considerato dall'impresa nella nota integrativa prodotta in data 2.8.2019, pari a 172 h/mese (ovvero 2064 ore all'anno), non corrisponde a quanto indicato nelle schede di manutenzione allegate alla nota stessa” (come del resto obiettato dall'amministrazione con nota 7 agosto 2019, n. 1047).

Anche in ordine al punto 4.6), relativo al tempo di percorrenza dei mezzi per il trasporto del materiale, sono convincenti le obiezioni mosse dalla stazione appaltante, per cui il tempo di due ore occorrente per il trasporto era quello indicato dall'impresa odierna appellante, rispetto al quale non vi sarebbero mai state osservazioni da parte dell'amministrazione. Quanto alla non rappresentatività del tempo stimato utilizzando l'applicazione informatica “Google Maps” per raggiungere la località Cave San Pietro (Rapallo) dal varco di San Benigno (andata e ritorno), effettivamente tale proiezione ipotetica si riferisce ad un autoveicolo medio e non ad un autocarro (nonché ai relativi limiti di velocità imposti dal Codice della strada), né ovviamente il tempo stimato dall'applicazione comprende il tempo impiegato per le operazioni di carico e scarico, i tempi di attesa ai varchi portuali, il traffico e le soste imposte agli autotrasportatori nel corso della giornata lavorativa.

Né a diverse considerazioni si presta il punto 4.7), circa il peso specifico del bitume compattato utilizzato nel calcolo del volume di materiale da trasportare: al di là dell'estrema vaghezza della censura e dei conseguenti dubbi di ammissibilità della stessa, infatti, neppure emerge dagli atti che, nel caso concreto, la stazione appaltante avrebbe operato le proprie valutazioni circa l'anomalia dell'offerta sulla base di un valore maggiore a quello indicato dall'Ati Tecnotratti (ossia 20 qli/mc).

Infine, anche in ordine al profilo di censura di cui al punto 4.8), concernente la composizione delle squadre di lavoro, non emerge alcun palese travisamento dei fatti e/o contraddittorietà nella considerazione per cui, anche a voler ipotizzare l'inserimento di un lavoratore aggiuntivo rispetto a quelli della squadra-tipo di cui al Prezziario regionale 2018 per la stessa lavorazione (alla voce 65.b10.a15.010), la produttività indicata nell'offerta sarebbe comunque – già solo sotto il profilo logico – troppo elevata, tanto da produrre, di fatto, una riduzione media dell'incidenza di manodopera del 92%.

Con il secondo motivo di appello viene invece riproposta la censura già formulata nel primo motivo di ricorso introduttivo, secondo cui erroneamente la stazione appaltante non avrebbe assunto, nei confronti dell'Ati Tecnotratti, alcun provvedimento formale di esclusione dalla gara, in violazione di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016; né potrebbe sostenersi, come fa il primo giudice, che il provvedimento di esclusione sarebbe compreso nel giudizio di anomalia espresso nella nota interna del Rup.

Neppure questo motivo è fondato: ritiene infatti il Collegio che il provvedimento di esclusione debba intendersi implicitamente ricompreso nell'esito sfavorevole all'impresa del giudizio di anomalia, dal momento che quest'ultimo impedisce ogni valorizzazione dell'offerta, ai fini della successiva aggiudicazione.

Con il terzo motivo di appello viene poi eccepito che sarebbe stato il Presidente dell'Autorità Portuale – e non il Rup, come invece accaduto nel caso di specie – a dover eventualmente assumere il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente per anomalia, in ragione della competenza a tal fine attribuita dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, alla "stazione appaltante": ciò in quanto, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 84 del 1994, è il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale ad avere la rappresentanza dell'Autorità Portuale, essendogli inoltre *"attribuiti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione"* (comma 2); egli inoltre *"esercita ogni altra competenza che non sia attribuita dalla presente legge agli altri organi dell'ADSP"* (comma 3, lett. r).

Ad avviso dell'appellante, del resto, l'art. 31, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016 non potrebbe applicarsi alle procedure di gara delle Autorità Portuali, espressamente prevedendo, tale norma, che *"Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti"*; poiché per le Autorità Portuali la competenza ad assumere provvedimenti con rilevanza esterna è del Presidente, il Rup non potrebbe svolgere le funzioni su cui si controverte, essendo esse specificamente attribuite al primo.

Il motivo non può trovare accoglimento, essendo la competenza del Rup di carattere specifico e non incontrando – in materia – alcuna espressa deroga di carattere legislativo: bene dunque ha rilevato il primo giudice che l'argomentazione di Tecnotratti s.r.l. *"non tiene conto della speciale disciplina in materia di appalti pubblici che affida al RUP, tra l'altro, tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento non specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti (cfr. art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016)."*

*L'adozione della determinazione di esclusione, pertanto, non spettava al Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale, cui nessuna disposizione attribuisce specifici compiti in materia, bensì al RUP in quanto istituzionalmente preposto al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta".*

La corretta lettura del sovra richiamato art. 97, comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 presuppone invero la considerazione sia di quanto previsto dall'art. 31 del medesimo decreto, sia dalle Linee-guida ANAC n. 3 del 2016 che, oltre ad indicare alcuni specifici compiti del Rup,

definiscono la sua competenza in termini residuali, ivi compresa la verifica della congruità delle offerte.

In tal senso, da ultimo, Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3602 ha infatti ribadito che *“il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup [...] le cui incombenze si esauriscono con la “valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico” ex art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; id. 24 luglio 2017, n. 3646). Deve infatti confermarsi il principio (Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36; id., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646) secondo cui anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore ha rimesso proprio al Rup ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase de qua”*.

Con il quarto motivo di gravame, infine, l'appellante deduce l'illegittimità delle modalità seguite dall'Autorità Portuale per verificare la congruità della propria offerta: in specie denuncia un presunto *deficit* di contraddittorio.

In particolare, dopo una prima richiesta di giustificazione dei prezzi in data 21 maggio 2019, avente carattere generale, con una successiva nota del 4 luglio 2019, la medesima amministrazione focalizzava quattro ordini di questioni da approfondire, dopo di che, a fronte dei chiarimenti della Tecnotatti, con ulteriore nota del 31 luglio 2019 si sarebbe limitata a convocare una riunione in contraddittorio, senza evidenziare quali potessero essere eventuali profili da chiarire ulteriormente.

Sotto diverso profilo, la stazione appaltante avrebbe agito in modo perlomeno frettoloso, posto che nessuna previsione di legge imporrebbe di concludere la verifica il giorno stesso nel quale si è tenuto il confronto tecnico sulle giustificazioni fornite dall'impresa soggetta a verifica di congruità; né l'Autorità Portuale avrebbe assunto, come doveroso, un provvedimento conclusivo del procedimento, ma avrebbe inoltrato solamente una nota di trasmissione di una comunicazione interna del Rup.

Neppure questo motivo può essere accolto.

La procedura seguita dalla stazione appaltante risulta infatti conforme alla previsione dell'art. 97, comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale *“la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni”*, superando la rigida disciplina di cui alla normativa precedente, che prevedeva un procedimento articolato in tre fasi (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio). Al riguardo, va confermato l'orientamento secondo cui *“ben può accadere in concreto che, ricevuti i primi giustificativi, l'amministrazione non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e decida per questo di avanzare ulteriori richieste all'operatore economico ovvero di fissare un incontro per ricevere spiegazioni e chiarimenti”* (Cons. Stato, IV, 1° febbraio 2021, n. 911), laddove *“nel normare il procedimento unitario di cui trattasi l'art. 97 non prende in esame il caso in cui la commissione*

*di gara, nel procedimento in esame (obbligatorio o discrezionale che sia) avanzi ulteriori richieste, evenienza che l'art. 97 non regola e, quindi, non esclude", essendo 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, V, 28 gennaio 2019, n. 690).*

Alla luce degli atti di causa, deve concludersi che l'iter del sub-procedimento di anomalia posto in essere dalla stazione appaltante abbia in realtà rispettato i principi del contraddittorio – così come normativamente previsti – attesa la seguente articolazione procedimentale seguita:

- 1) con nota prot. n. 13250 del 21 maggio 2019, l'Autorità inviava a Tecnotatti s.r.l. una prima richiesta di giustificativi;
- 2) detta richiesta veniva riscontrata dalla società con la relazione del 31 maggio 2019;
- 3) con successiva nota prot. n. 17364 del 4 luglio 2019, l'Autorità inviava all'operatore economico una seconda richiesta di giustificativi, evidenziando dei profili di criticità riscontrati sia nell'offerta, sia nelle prime giustificazioni pervenute;
- 4) detta richiesta veniva riscontrata da Tecnotatti s.r.l. con due successive memorie integrative, del 12 luglio 2019 e del 27 luglio 2019;
- 5) non ritenendo detti chiarimenti ancora adeguati, sempre l'amministrazione con nota prot. n. 19947 del 31 luglio 2019 convocava l'impresa per un'audizione diretta in data 2 agosto 2019;
- 6) a seguito di tale audizione, non ritenuta risolutiva per risolvere i profili di criticità in precedenza rilevati, l'Autorità concedeva a Tecnotatti s.r.l. la possibilità di fornire ulteriori chiarimenti scritti;
- 7) questi ultimi venivano trasmessi, sempre il 2 agosto 2019, dall'operatore economico.

Ritiene il Collegio che la complessa ed articolata scansione temporale del procedimento, come sopra brevemente riassunta, comprovi l'effettivo rispetto, da parte della stazione appaltante nello svolgimento del cd. giudizio di anomalia dell'offerta, del principio del contraddittorio con l'operatore economico interessato, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale.

Ne consegue, alla luce dei rilievi che precedono, la reiezione dell'appello.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

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 al pagamento, in favore delle appellate Autorità di Sistema Portuale del

Mar Ligure Occidentale e Giuggia Costruzioni s.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna di esse, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere