

Valutazione della congruità dell'offerta: contenuto, motivazione, potere amministrativo e sindacato del giudice.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 29-2-2024

La cessazione della materia del contendere, che sopravviene nel corso del processo, non esonera il giudice dal provvedere sulle spese dell'intero giudizio, anche in mancanza di istanza di parte, valutando, al riguardo, se sussistano giusti motivi di totale o parziale compensazione, sui quali il giudicante deve adeguatamente motivare, ovvero addossando dette spese all'una o all'altra parte secondo il criterio della soccombenza virtuale e le "gravi ed eccezionali ragioni", atte a legittimare la compensazione, devono riguardare specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa, non potendosi ritenere sufficiente, per derogare il principio della soccombenza, il mero riferimento alla peculiarità della materia del contendere.

In termini generali, con i necessari distinguo ove la dedotta anomalia riguardi i costi per il personale, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti 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, con la conseguente necessità di annullamento del giudizio di verifica dell'anomalia ai fini della sua ripetizione da parte della stazione appaltante.

N. 01776/2024REG.PROV.COLL.

N. 04406/2023 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 4406 del 2023, proposto da Selenia 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG Z00346E3FE, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Pallavicini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

contro

Trade Company S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ruberto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Prima bis n. 6374/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trade Company S.r.l. e di Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023 il Cons. Diana Caminiti e udito per parte appellante l'avvocato Pallavicini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la società Selenia 2000 S.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio, sez. prima bis, 13 aprile 2023 n. 6374 con cui il primo giudice ha accolto il ricorso proposto da Trade Company S.r.l., seconda graduata, avverso il decreto n. 2022/12 del 3.10.2022 con cui la Direzione Generale degli Armamenti Terrestri del Ministero

della Difesa ha aggiudicato a Selenia 2000 s.r.l. il lotto n. 2 della gara per la fornitura di visori notturni binoculari a IL ed accessori tra cui bussole magnetiche e adattatori ripiegabili da elmetto per la MM (CPV 38630000-0; CIG Z00346E3FE) ed i relativi atti presupposti, ritenendo fondato il terzo motivo ricorsuale con cui si assumeva il difetto di istruttoria del giudizio di congruità dell'offerta effettuato nell'ambito del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

2. Il primo giudice ha al riguardo ritenuto fondate le critiche avanzate dalla società ricorrente sui tempi di esecuzione dell'assemblaggio e sulla mancata considerazione di una serie di costi (di produzione e aziendali), non eludibili in base a condivise regole tecniche ed economiche da applicare nelle specie (recependo quanto evidenziato nella relazione tecnica del perito di parte a firma dell' Ing. Viespoli), ritenendo che detti profili critici non avessero trovato adeguata spiegazione o giustificazione né nelle deduzioni difensive dell'Amministrazione, né in quelle svolte dalla Selenia 2000 S.r.l..

2.1. Il Tar in particolare ha evidenziato che, in base al verbale di verifica dell'anomalia datato 19 settembre 2022, la Commissione, accettando come esaustive e attendibili le voci di costo esplicitate dall'impresa nel corso della verifica di anomalia (cfr. lettera del 13.9.2022, doc. 18 ric.), aveva concluso che *“l'utile unitario è pari a € 468,29 (valore ottenuto per differenza fra il prezzo offerto ed il costo determinato mediante i documenti giustificativi) ossia al 6,4% del prezzo offerto in sede di gara”*, laddove tale conclusione non era il risultato di un'istruttoria realmente completa e attendibile nei suoi risultati finali.

In particolare il Tar ha ritenuto fondate le censure ricorsuali rivolte alla attendibilità della giustificazione del prezzo unitario offerto (e quindi alla stessa attendibilità della valutazione di congruità compiuta dalla Commissione valutatrice che si era pedissequamente conformata alle indicazioni fornite dall'aggiudicataria) in ordine a:

A) tempistiche di impiego della manodopera;

B) costi omessi (relativamente in particolare alle *“Spese generali, oneri finanziari, spese ammortamento attrezzature e materiali di consumo”* ed in ordine alla mancata considerazione del costo per la garanzia, offerta per il sistema, compreso l'adattatore “flip-up”, estesa di 5 anni, decorrente dalla scadenza della garanzia standard biennale).

Il giudice di *prime cure* ha pertanto annullato il provvedimento di aggiudicazione, al pari della prodromica verifica dell'anomalia, imponendo all'Amministrazione una nuova verifica - volta alla riconsiderazione, ai fini della valutazione della complessiva sostenibilità dell'offerta, di tutte le tempistiche (di assemblaggio e collaudo) e dei costi vari indicati in sentenza - e, in caso di esito negativo di tale verifica, a procedere, sussistendone i presupposti di legge, all'aggiudicazione alla seconda classificata.

3. Con l'atto di appello Selenia 2000 s.r.l. in sintesi critica le conclusioni cui era pervenuto il primo giudice sulla base dell'esame di alcune voci di prezzo esposti in offerta dalla Selenia 2000 s.r.l., ritenendo che la stessa avesse acriticamente condiviso la perizia di parte ricorrente, peraltro redatta dal produttore del visore offerto dalla stessa ricorrente.

4. Si è costituito il Ministero della Difesa, senza svolgere alcuna difesa.

5. Si è del pari costituita, con memoria depositata in data 27 settembre 2023, l'appellata Trade Company s.r.l., instando per il rigetto dell'appello e depositando previamente la documentazione attestante l'attività eseguita dal Ministero della Difesa in ottemperanza alla sentenza oggetto dell'odierno gravame, all'esito della quale si era proceduto di nuovo ad aggiudicare la commessa alla società Selenia 2.000 s.r.l., sulla base del rinnovato giudizio di congruità dell'offerta.

6. Con memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a. parte appellante ha pertanto concluso per l'improcedibilità del ricorso di *prime cure* e conseguentemente dell'appello, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza appellata, non avendo Trade Company s.r.l. impugnato il nuovo provvedimento di aggiudicazione, né proposto appello incidentale avverso la sentenza di *prime cure* o riproposto, nei termini di legge, le domande ed eccezioni assorbite dal primo giudice.

6.1. Trade Company s.r.l., con la memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a., depositata in data 3 ottobre 2023, ha concluso per la cessazione della materia del contendere, in ragione del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione, soddisfacente dell'interesse di parte appellante, insistendo peraltro per la refusione delle spese di lite alla luce del principio della soccombenza virtuale.

In particolare parte appellata ha evidenziato come tutte le verifiche operate nel rinnovato procedimento quanto alla valutazione dei tempi di assemblaggio – e quelle ulteriormente dettagliate nella relazione della Commissione del 21.7.2023, in cui si individuano 5 sottofasi di assemblaggio del visore e 2 di test di produzione e si stima la relativa tempistica - fossero del tutto inedite, nel senso che il precedente giudizio di congruità dell'offerta era privo di qualsivoglia approfondimento istruttorio in merito.

Parimenti l'approfondimento istruttorio sarebbe emerso in riferimento ai costi considerati omessi dal Tar, in quanto nell'ambito del primo procedimento la Commissione di valutazione della congruità dell'offerta non aveva svolto alcuna verifica in sede di verbale del 19.9.2022, con la conseguente ulteriore dimostrazione della carente istruttoria, da cui era viziato quel procedimento, la quale emergerebbe anche da come i costi di gestione e il COMA erano stati successivamente approfonditi nella relazione della Commissione di valutazione della congruità dell'offerta economica del 21.7.2023 e nel verbale del RUP di verifica di anomalia n. M_D A8BA50C DE12023 0000221 del 26.7.2023.

Inoltre con la memoria di discussione Trade Company s.r.l. ha altresì riproposto i motivi di ricorso dichiarati assorbiti dal primo giudice, concludendo infine per l'illegittima quantificazione delle spese processuali contenute nella sentenza gravata, in quanto contrastante con le previsioni del D.M. 55 del 2014.

6.2. Con la memoria di replica Selenia 2000 s.r.l. ha controdedotto alle avverse argomentazioni, osservando come Trade Company s.r.l. non avesse preso puntuale posizione sulle censure articolate nell'atto di appello e come in ogni caso fosse tardiva tanto la

riproposizione dei motivi assorbiti nella sentenza gravata, quanto la contestazione dell'incongruità delle spese di lite liquidate dal primo giudice, che peraltro doveva essere veicolata attraverso appello incidentale.

Ha inoltre evidenziato come la stessa si sia costituita nell'odierno giudizio quando ormai era sopraggiunta da tempo la causa di improcedibilità del ricorso di primo grado, al solo fine di ottenere la refusione delle spese di lite.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 ottobre 2023.

8. In *limine litis* va evidenziato come vada dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado in quanto all'esito del rinnovato giudizio di verifica di anomalia, la stazione appaltante ha ritenuto congrua l'offerta di Selenia 2000 s.r.l., odierna appellante, riaggiudicando ad essa la commessa.

Il nuovo provvedimento di aggiudicazione è, infatti, un provvedimento autonomo, espressione di una nuova valutazione di non congruità dell'offerta, la quale, sebbene sollecitata dalla sentenza qui appellata, non può considerarsi meramente consequenziale rispetto ad essa. La sentenza appellata, invero, pur disponendo la rinnovazione del giudizio di anomalia da svolgersi, non ne ha predeterminato in alcun modo l'esito. Altrimenti, invero, il Tribunale amministrativo regionale avrebbe disposto direttamente l'esclusione di Selenia 2000 s.r.l. senza far salvi, come, invece, ha fatto, gli ulteriori provvedimenti della stazione appaltante, da adottare all'esito di un nuovo procedimento di verifica dell'anomalia.

È evidente, quindi, che il presente giudizio ha ad oggetto un provvedimento che ormai è cessato di esistere, perché è stato sostituito dal nuovo provvedimento di aggiudicazione, espressione di una valutazione autonoma, e, pertanto, insensibile agli esiti dell'odierno contenzioso. Nuova valutazione che, peraltro, ha confermato l'aggiudicazione a favore dell'odierna appellante, la quale, pertanto, non ha più interesse ad ottenere la riforma della sentenza di annullamento pronunciata in primo grado. Né tale interesse persiste in capo alla originaria ricorrente Trade Compny s.r.l., la cui pretesa all'aggiudicazione risulta ormai lesa dal nuovo provvedimento e non da quello inizialmente impugnato.

L'ipotetico esito nel merito del presente giudizio (rigetto o accoglimento) non potrebbe, in altri termini, investire anche il nuovo provvedimento di aggiudicazione (e il rinnovato giudizio di congruità su cui esso di fonda), che continuerebbe comunque a vivere e a produrre effetti.

9. Alla luce delle considerazioni che precedono deve rilevarsi l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo proposto da Trade Company s.r.l. e, conseguentemente, dell'appello proposto da Selenia 2000 s.r.l.. Per l'effetto, la sentenza appellata deve essere annullata senza rinvio (Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2018, n. 5923).

Invero, ai sensi degli artt. 35 comma 1, lett. c), 38 e 85 comma 9, c.p.a, nel giudizio amministrativo il rapporto processuale non perde di unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi distinti, sicché la sopravvenuta carenza o l'estinzione dell'interesse al ricorso di primo grado determina l'improcedibilità non solo dell'appello, ma anche dell'impugnazione originaria

spiegata innanzi al giudice di primo grado e comporta quindi, qualora non si verta in ipotesi di vizio o difetto inficiante il solo giudizio di appello, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2018, n. 5923 Cons. Stato, IV, 22 febbraio 2017 n. 824; Cons. Stato, V, 11 ottobre 2017 n. 4699).

10. Sempre in *limine litis*, secondo quanto eccepito da Selenia 2000 s.r.l., deve essere rilevata l'irritualità tanto della riproposizione da parte di Trade Company s.r.l. dei motivi assorbiti dal primo giudice, posto che la stessa è stata veicolata con la sola memoria di discussione, quando era ormai ampiamente decorso il termine per la costituzione previsto dall'art. 101 comma 2 c.p.a. per tale riproposizione, quanto della contestazione della liquidazione delle spese di lite operata dal primo giudice che, oltre ad essere affetta dall'analogo vizio di irricevibilità, è stata proposta tramite semplice memoria difensiva, laddove per contestare il capo della sentenza di *prime cure* sulla liquidazione delle spese di lite, parte appellata avrebbe dovuto proporre appello incidentale.

11. L'improcedibilità tanto del ricorso di primo grado quanto del ricorso in appello peraltro, stante il mancato accordo delle parti sulle spese processuali, non esime il giudice dal pronunciarsi sulla soccombenza virtuale.

Infatti la dichiarazione di cessata materia del contendere comporta che, al di fuori dei casi di compensazione, il Giudice debba liquidare le spese di giudizio secondo il criterio della cd. soccombenza virtuale, ovvero secondo quello che sarebbe stato l'esito del processo ove la cessazione non fosse intervenuta, apprezzato secondo una sommaria delibazione del merito della pretesa azionata (ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 17 agosto 2022, n.7214).

11.1. Secondo l'indirizzo ancora più rigoroso seguito dalla Suprema Corte di Cassazione la cessazione della materia del contendere, che sopravviene nel corso del processo, non esonera il giudice dal provvedere sulle spese dell'intero giudizio, anche in mancanza di istanza di parte, valutando, al riguardo, se sussistano giusti motivi di totale o parziale compensazione, sui quali il giudicante deve adeguatamente motivare, ovvero addossando dette spese all'una o all'altra parte secondo il criterio della soccombenza virtuale e le "*gravi ed eccezionali ragioni*", atte a legittimare la compensazione, devono riguardare specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa, non potendosi ritenere sufficiente, per derogare il principio della soccombenza, il mero riferimento alla peculiarità della materia del contendere (Cassazione civile sez. I, 16 giugno 2023, n.17256).

12. Ciò posto, questo collegio ritiene che, avuto riguardo alla fondatezza dei motivi di appello, quale sinteticamente di seguito evidenziata, ai soli fini della valutazione della soccombenza virtuale, le spese di lite del presente grado di appello debbano essere poste a carico di Trade Company s.r.l. ricorrente *in prime cure* – che peraltro si è costituita tardivamente nel presente grado di appello, quando ormai non avrebbe potuto ricevere alcuna utilità, all'esito del rinnovato giudizio espresso in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, al solo fine di insistere per la refusione delle spese di lite anche del presente grado – nei rapporti con Selenia 2000 s.r.l., ricorrendo per contro eccezionali e gravi motivi di compensazione nei rapporti con il Ministero della Difesa, che non ha inteso svolgere alcuna attività difensiva nel presente giudizio di appello.

12.1. Per contro le spese del giudizio di *prime cure*, liquidate nella sentenza appellata e poste a carico tanto di Selenia 2000 s.r.l. quanto del Ministero della Difesa, non possono che essere poste a carico di Trade Company s.r.l. in favore di ciascuna delle controparti.

13. Giova, prima di evidenziare le ritenute ragioni di fondatezza dell'appello, riportare i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in materia di sindacato del giudizio di discrezionalità tecnica sotteso alla valutazione della congruità dell'offerta.

13.1. Come più volte affermato dalla giurisprudenza, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; sez. III, 29 gennaio 2019, n.726; sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978).

L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

D'altro canto, va anche rammentato che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. di Stato, sez. V, n. 3480 del 2018).

Pertanto la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444; sez. V, 23 gennaio 2018, n.230).

13.2. Giova poi anche richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

13.3. Si è inoltre affermato che la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa.

13.4. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

Inoltre, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia, è pacificamente ammessa la progressiva ripermetroazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in

generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (Cons. Stato, sez. V, n. 1874 del 2020; n. 4400 del 2019; n. 4680 del 2017).

13.5. Si è altresì affermato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze, sia fattuali che normative, che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta.

In tale contesto deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo anche in relazione a "sopravvenienze di fatto o normative", (Cons. Stato, sez. V, n. 4400 del 2019), potendosi sempre valorizzare "economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto" (Cons. Stato, sez. V, n. 1874 del 2020; n. 3502 del 2019; in senso analogo n. 4272 del 2020 secondo cui è "*ammissibile non solo la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, sia in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, sia per porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori* (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400); *ma anche la rimodulazione degli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo limite di non alterarne il quantum iniziale o l'equilibrio economico e purché si accerti in concreto, sulla base di un apprezzamento globale e sintetico, che la proposta economica risulti nel suo complesso affidabile e attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto* (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071)").

13.6. Infine, in base ai consolidati principi della giurisprudenza, se in sede giurisdizionale il ricorrente deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021 n. 1361).

13.7. In ogni caso va rimarcato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in termini generali, con i necessari distinguo ove la dedotta anomalia riguardi i costi per il personale, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti 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 (Cons. Stato Sez. III, 20 giugno 2022, n. 5022), con la conseguente necessità di annullamento del giudizio di verifica dell'anomalia ai fini della sua ripetizione da parte della stazione appaltante.

14. Ciò posto, pur avendo il primo giudice richiamato in linea generale gli orientamenti della giurisprudenza in materia, se ne è discostato laddove ha ritenuto l'insufficienza della motivazione (e della sottesa istruttoria) compiuta nell'ambito del giudizio di anomalia, senza considerare da un lato che la critica atomistica su singoli voci di costo poteva portare a ritenere il giudizio espresso non corretto solo dove all'esito dell'analisi completa di tutte le giustificazioni, anche quelle rese in sede processuale, alla luce dell'indicata giurisprudenza, fosse emerso l'inattendibilità globale dell'offerta e la sua insostenibilità, dall'altro come, a parametro della correttezza del giudizio di anomalia, non potesse essere posta l'offerta tecnica della ricorrente in *prime cure*.

14.1. Ciò posto, coglie nel segno la prima critica mossa alla sentenza del Tar da parte appellante laddove ha evidenziato, in relazione al primo profilo (tempistiche di impiego della manodopera), che la ricostruzione dei tempi per l'assemblaggio e collaudo era frutto di inammissibili presunzioni (come quella secondo la quale l'azienda Selenia 2000 s.r.l., per il solo fatto di essere più "giovane", avrebbe dovuto per questo produrre con tempi più dilatati rispetto ad un'azienda operante nel mercato da più tempo) e laddove aveva ritenuto raffrontabili realtà industriali differenti (peraltro operanti in paesi e ordinamenti diversi) e cicli produttivi diversi; ciò in quanto il visore offerto da Selenia 2000 s.r.l. presentava caratteristiche tecniche più elementari degli altri prodotti in commercio, tanto che le era valso in gara un punteggio tecnico inferiore rispetto a quello assegnato al prodotto commercializzato dalla ricorrente di primo grado, essendo costituito da componentistiche tecniche già collaudate direttamente dai singoli produttori, comportanti uno snellimento delle fasi di assemblaggio e collaudo, con evidente impatto anche sui tempi realizzativi.

14.2. Del pari fondata si appalesa la critica mossa alla sentenza in ordine al secondo profilo posto da parte del Tar a fondamento della decisione, in quanto come evidenziato anche dalla difesa erariale in sede cautelare nel corso del giudizio di *prime cure*, e del tutto ignorato dal primo giudice, nel costo orario medio aziendale (COMA) esposto in offerta da Selenia 2000 pari ad € 72,99/h, dovevano intendersi già ricomprese [in applicazione della Direttiva Ministero della Difesa SGD-G-023 edizione 2011, da cui era pure scaturito il verbale di accertamento ed analisi dei costi orari n. 2 del 9/3/2021 emesso dal Segretario Generale della Difesa proprio sulla realtà aziendale di Selenia ed esaminato dalla commissione in sede di verifica di congruità] anche quelle spese di gestione (come le spese generali, oneri finanziari, spese ammortamento attrezzature e materiali di consumo) che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto "pretermesse" e che nell'errata prospettazione di Trade Company s.r.l. – poi recepita

dal Tar – non sarebbero state esaminate in sede di verifica di anomalia. Parimenti il Tar, come evidenziato da parte appellante, ha acriticamente sposato le doglianze di parte ricorrente quando ha ritenuto prevalente la stima fondata su una non meglio precisata “*letteratura tecnica di riferimento*” sulle spese generali di gestione per uno stabilimento produttivo [quantificata dal consulente della Trade Company s.r.l. sul 15% del valore del prodotto], piuttosto che attribuire decisività al contenuto della tariffa oraria industriale dichiarata dal concorrente in sede di offerta, e congruita dalla stessa amministrazione con verbale n. 2 del 9/3/2021, comprensiva anche del ribaltamento di tutti quei costi generali ritenuti erroneamente assenti nella stima del prezzo formulato dall’aggiudicataria.

15. La fondatezza dei motivi di appello – e per converso l’infondatezza del motivo ricorsuale accolto dal primo giudice – peraltro è palesata, sia pure *ex post*, dal rinnovato giudizio espresso dalla stazione appaltante nella riedizione del subprocedimento di anomalia.

15.1. Ed invero, a fondamento di tale giudizio l’Amministrazione ha posto proprio la direttiva SGD-G-023, recante “*Analisi dei costi industriali e congruità delle offerte nel settore del procurement militare*”.

15.2. Né rileva che, al fine di adempiere al *dictum* giurisdizionale, la commissione abbia operato una nuova istruttoria per valutare i tempi di assemblaggio e collaudo e le spese contrattuali.

15.2.1. In relazione al primo profilo, basti evidenziare che il primo giudice aveva ritenuto tali voci non giustificate solo in ragione dell’adesione alle doglianze di Trade Company s.r.l., senza valutare che il primo verbale di verifica dell’anomalia dell’offerta doveva considerarsi sinteticamente motivato con riferimento alle giustificazioni rese dall’impresa anche in riferimento ai tempi di assemblaggio e alla verifica di conformità di ciascun visore e dei relativi accessori, stimate in 1,5 ore e che la congruità di tale giustificazione non poteva essere parametrata sulla base del diverso prodotto offerto dalla parte ricorrente.

Inoltre la Selenia 2000 s.r.l. *in prime cure* aveva depositato il *planning* delle varie fasi del montaggio e della relativa tempistica, sottoscritto dal legale rappresentante della Selenia 2000 (doc. 1). In particolare: 1. ricezione merce ed ispezione in ingresso 15 min; 2. montaggio sotto assiemi meccanici 20 min; 3. installazione delle elettroniche di bordo 10 min; 4. installazione dei sensori Ottici e relative lenti 15 min; 5. collaudo finale del sistema 30 min.

15.2.2. In relazione al secondo profilo è sufficiente evidenziare che gli asseriti costi omessi, riferiti alle spese contrattuali, quali successivamente verificate nel rinnovato procedimento di verifica dell’anomalia – spese per registrazione e pubblicazione del contratto, spese per la sottoscrizione della polizza fideiussoria e per i rinnovi successivi alle sei annualità successive, nonché spese per il prolungamento della garanzia - non potevano considerarsi già *ex ante* in grado di eludere l’intero utile di impresa, quale stimato già nel primo subprocedimento di verifica dell’anomalia in euro 63.219,15, laddove, per contro le restanti spese di gestione, come evidenziato da parte appellante, dovevano intendersi ricomprese nel costo orario, come già chiaramente evidenziato in *prime cure* dalla difesa erariale e riportato nel rinnovato verbale di verifica dell’anomalia dell’offerta ove, nel rinviare al precedente verbale del 9 marzo 2021

di accertamento e analisi dei costi orari, si evidenzia:

“ a mente della direttiva SGD-G-023, i restanti costi di gestione rientrano tra quelli definiti “indirettamente connessi” che “sono costituiti da tutti quei costi propri dell'organizzazione generale dell'azienda, costi non meno essenziali per la produzione e l'espletamento delle prestazioni o forniture, ma connessi ad esse in modo indiretto, tanto da non potersi automaticamente stimare e verificare attraverso il solo esame del processo produttivo del bene”.

In particolare, “il riconoscimento di detti costi indiretti non avviene in sede di congruità del prezzo del bene da approvvigionare ma dovrà preventivamente essere calcolato in fase di determinazione del costo orario attraverso il conglobamento in esso dell'aliquota di costi indiretti che incide su ogni ora di lavoro produttivo (cioè direttamente imputabile a commessa) cui il predetto costo orario si riferisce”.

Al riguardo, nel Costo Orario Medio Aziendale riconosciuto alla Ditta con il Verbale di accertamento ed analisi dei costi orari del 09.03.2021, sono pertanto comprese “anche le incidenze orarie di tutti gli elementi di costo indiretti che le ditte devono necessariamente e giustificatamente sostenere per l'espletamento della loro attività industriale” (e che ricomprendono pertanto i succitati “Costi di Gestione”) quali l'incidenza oraria delle spese:

- per il “personale indiretto” (I.Ind) che svolge attività non produttive;*
- per gli “ammortamenti” (I.AMM) materiali (riferite alle immobilizzazioni materiali cioè all'insieme di tutti i fattori produttivi ad utilità pluriennale fisicamente tangibili) e immateriali (riferite alle immobilizzazioni immateriali, cioè all'insieme di tutti i fattori produttivi ad utilità pluriennale non fisicamente tangibili);*
- per il “funzionamento aziendale” (I.SFA) connesse con manutenzione ordinaria, consumi e materiale di consumo, leasing, affitti e trasporti interni;*
- “generali e amministrative” (I.G&A) connesse con costi direzionali, spese postelegrafoniche, cancelleria e stampanti, assistenza al personale, mensa aziendale, prestazioni di terzi e consulenze (riconosciute necessarie all'attività dell'azienda), quote associative, sorveglianza e spese di pulizia, viaggi e trasferte, assicurazioni, spese legali e notarili, costi bancari, costi di attività di rappresentanza (riconosciute necessarie all'attività dell'azienda), pubblicità, mostre, fiere, spese amministratori e sindaci, imposte e tasse, spese varie e penalità”.*

16. In conclusione il ricorso di primo grado va dichiarato improcedibile e per l'effetto anche il ricorso in appello, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza di *prime cure*.

17. Alla luce di quanto già anticipato, le spese di lite del presente grado vanno compensate nei rapporti fra Trade Company s.r.l. e il Ministero della Difesa, mentre vanno poste a carico di Trade Company s.r.l. nei rapporti con Selenia 2000 d.r.l., liquidandosi come da dispositivo.

17.1. Le spese di lite del primo grado vanno poste a carico di Trade Company s.r.l. tanto nei

rapporti con il Ministero della Difesa quanto nei rapporti con Selenia 2.000, liquidandosi come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso di primo grado e per l'effetto il ricorso in appello annullando senza rinvio la sentenza appellata.

Condanna Trade Company s.r.l. alla refusione delle spese di lite del presente grado in favore Selenia 2000 s.r.l., liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri accessori, come per legge, compensandole con il Ministero della Difesa,

Pone le spese di lite del primo grado di giudizio a carico di Trade Company s.r.l., che sarà pertanto tenuta a corrisponderle a Selenia 2000 s.r.l. e al Ministero della Difesa, liquidandole in euro 4.000,00 (quattromila/00) a favore di ciascuna parte, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **1776** dello scorso 22 febbraio la **V Sezione del Consiglio di Stato** è tornata ad occuparsi del **sindacato del giudizio di discrezionalità tecnica sotteso alla valutazione della congruità dell'offerta**.

Primariamente, però, il Collegio ha rilevato che la dichiarazione di cessata materia del contendere comporta che, al di fuori dei casi di compensazione, **il Giudice debba liquidare le spese di giudizio secondo il criterio della cd. soccombenza virtuale, ovvero secondo quello che sarebbe stato l'esito del processo ove la cessazione non fosse intervenuta, apprezzato secondo una sommaria delibazione del merito della pretesa azionata**. Sul

punto, si è richiamata la posizione della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui: *“la cessazione della materia del contendere, che sopravviene nel corso del processo, non esonera il giudice dal provvedere sulle spese dell'intero giudizio, anche in mancanza di istanza di parte, valutando, al riguardo, se sussistano giusti motivi di totale o parziale compensazione, sui quali il giudicante deve adeguatamente motivare, ovvero addossando dette spese all'una o all'altra parte secondo il criterio della soccombenza virtuale e le "gravi ed eccezionali ragioni", atte a legittimare la compensazione, devono riguardare specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa, non potendosi ritenere sufficiente, per derogare il principio della soccombenza, il mero riferimento alla peculiarità della materia del contendere.”* (Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2023, n. 17256).

Tanto premesso, i Giudici, prima di evidenziare le ritenute ragioni di fondatezza dell'appello, richiamano i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in materia di sindacato del giudizio di discrezionalità tecnica sotteso alla valutazione della congruità dell'offerta.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza, **il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo** (tra le tante, Cons. di Stato, Sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2019, n.726; Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; *Id.*, 30 ottobre 2017, n. 4978). L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

D'altro canto, va anche rammentato che **la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità**, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480).

Pertanto, **la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta** (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444; Cons. Stato, Sez. V, 24 agosto 2018 n. 5047; *Id.*, 17 maggio 2018 n. 2953; *Id.*, Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 230).

Giova poi anche richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui **la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio**

comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – **di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro**, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

Si è inoltre affermato che **la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti**, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430).

Inoltre, **in sede di procedimento di verifica dell'anomalia, è pacificamente ammessa la progressiva ripermetrore, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime**, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874; *Id.*, 26 giugno 2019, n. 4400; *Id.*, 10 ottobre 2017, n. 4680).

Si è altresì affermato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale **le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze, sia fattuali che normative**, che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta. In tale contesto deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo anche in relazione a "*sopravvenienze di fatto o normative*", (Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2019, cit.), potendosi sempre valorizzare "*economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto*" (Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4272; *Id.*, 16 marzo 2020, cit.; *Id.*, 28 maggio 2019, n. 3502).

Alla luce dei principi enucleati la Corte ha rilevato che, pur avendo il primo giudice richiamato in linea generale gli orientamenti della giurisprudenza in materia, se ne è discostato laddove ha ritenuto l'insufficienza della motivazione (e della sottesa istruttoria) compiuta nell'ambito del giudizio di anomalia, senza considerare da un lato che la critica atomistica su singoli voci di costo poteva portare a ritenere il giudizio espresso non corretto solo dove all'esito dell'analisi completa di tutte le giustificazioni, anche quelle rese in sede processuale, alla luce dell'indicata giurisprudenza, fosse emerso l'inattendibilità globale dell'offerta e la sua insostenibilità, dall'altro come, a parametro della correttezza del giudizio di anomalia, non potesse essere posta l'offerta tecnica della ricorrente in *prime cure*.

Tra l'altro la fondatezza dei motivi di appello – e per converso l'infondatezza del motivo ricorsuale accolto dal primo giudice – peraltro è palesata, sia pure *ex post*, dal rinnovato giudizio espresso dalla stazione appaltante nella riedizione del subprocedimento di anomalia.

La Sezione ha – così – concluso che il ricorso di primo grado va dichiarato improcedibile e per l'effetto anche il ricorso in appello, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza di *prime cure*.