

L'attitudine giustificativa di fatture e preventivi in sede di giudizio di anomalia

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 18-10-2024

Per il giudizio di anomalia si applicano le disposizioni al riguardo previste dalla legge di gara, quali parametri di valutazione, cui si aggiungono quelli ordinariamente riservati alla discrezionalità tecnica della commissione di gara. Nel caso di specie la legge di gara prevedeva tra l'altro che: "La Stazione Appaltante può in ogni caso valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa";

Eventuali altri criteri applicativi, soprattutto se forieri di ulteriori forme di dettaglio, debbono essere preventivamente e puntualmente prefissati e predeterminati. Tali ulteriori parametri, in siffatta direzione, debbono formare oggetto di procedimentalizzazione e dunque di previa tempestiva conoscenza da parte di tutti gli operatori in gara i quali debbono essere edotti di ogni possibile fattore di valutazione prima di formulare, con piena consapevolezza, le proprie rispettive offerte; (...)Taluni criteri, se poi debbono formare parametro di valutazione, debbono invece formare oggetto di procedimentalizzazione e dunque di previa tempestiva conoscenza, da parte di tutti gli operatori, i quali come già detto debbono poter formulare le proprie offerte in modo consapevole. Tempestiva conoscenza che tuttavia non si è alcun modo registrata nel caso di specie.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è tuttavia pacificamente orientata nel ritenere sufficienti i preventivi i quali rivestono, per l'appunto, "valore probante".

Come affermato in Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4537: "In linea di massima deve ammettersi che nelle procedure ad evidenza pubblica il concorrente possa giustificare il ribasso proposto facendo riferimento ai preventivi".

Pubblicato il 14/08/2024

N. 07128/2024REG.PROV.COLL.

N. 02052/2024 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 2052 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG 96528621B8 da

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

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Pregnotato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Polibio n. 15;

nei confronti

Img S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Russo, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n. 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00506/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Img S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Accardo in sostituzione dell'Avv. Napolitano, Pagano, Russo e Corbyons;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dell'Accordo Quadro avente ad oggetto i lavori di manutenzione straordinaria degli edifici scolastici del Comune di Milano. Importo a base d'asta: oltre 3 milioni 740 mila euro.

L'esclusione è stata disposta all'esito **del sub procedimento di verifica di congruità** dell'offerta dell'appellante, risultata prima in graduatoria, in quanto il Comune ha ritenuto che fossero giustificabili solo mediante la presentazione di fatture di acquisto quietanzate, e non già anche tramite preventivi, quei costi dei materiali di ricorrente utilizzo e dei noli/trasporti indicati in offerta che presentavano scostamenti superiori al 20% rispetto a quelli di progetto. Più in particolare:

1.1. L'offerta della General Impianti è stata sottoposta a verifica in quanto la Stazione appaltante aveva riscontrato **uno scostamento** tra il **costo complessivo** dei materiali, dei noli/trasporti e della manodopera dichiarati nell'offerta economica e i medesimi costi previsti per l'esecuzione dell'accordo quadro in oggetto; quindi il Comune ha richiesto all'operatore economico di giustificare i costi dei materiali e dei noli/trasporti e della manodopera per 58 voci di elenco prezzi unitari di progetto (EPU), considerate più significative e con maggiore rilevanza economica;

1.2. A tal fine giova evidenziare sin da ora che l'avviso di gara prevedeva (pag. 13) che: "La Stazione Appaltante può in ogni caso valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi

specifici, appaia anormalmente bassa";

1.3. La General Impianti ha trasmesso, in data 20 aprile 2023, le proprie giustificazioni allegando, tra l'altro, le offerte dei fornitori;

1.4. Successivamente, nella seduta del 9 maggio 2023, quando le offerte erano già state presentate e la General Impianti aveva già provveduto a giustificare i costi attraverso i relativi **preventivi**, la Commissione ha ritenuto di determinare nel 20% la soglia al di sopra della quale gli scostamenti di costi dovevano essere ritenuti significativi e, pertanto, giustificabili attraverso le fatture d'acquisto;

1.5. La *ratio* di tale decisione risiederebbe nel fatto che: "A fronte degli attuali fenomeni inflattivi e delle difficoltà di approvvigionamento delle materie prime, in particolare per i materiali come l'acciaio, il cemento, i prodotti petroliferi, il rame, i materiali plastici e i loro derivati, che determinano la riduzione degli "sconti" sui costi dei materiali e noli/trasporti praticati anche da fornitori di fiducia degli Operatori economici, gli scostamenti dei "costi unitari dei materiali e dei noli/trasporti" rispetto a quelli di progetto superiori al 20,00% non garantiscono l'effettiva reperibilità sul mercato dei materiali da costruzione con caratteristiche qualitative/prestazionali adeguate alle prescrizioni di progetto";

1.6. Così, sono state ritenute giustificate solo quelle voci di costo che presentavano uno

scostamento inferiore al 20%, mentre le restanti voci sono state ritenute automaticamente non congrue perché non giustificate attraverso fatture;

1.7. La Commissione ha effettuato una comparazione tra l'importo per i costi dei materiali e dei noli trasporti che sarebbe stato sottostimato in sede di offerta, così determinandosi una perdita di oltre 296 mila euro;

1.8. In forza di tali presupposti è stata disposta l'esclusione della General Impianti, comunicata il 15 maggio 2023, ed il successivo 17 maggio 2023 è stata disposta l'aggiudicazione a favore della società IMG s.r.l.

2. La disposta esclusione, unitamente alla successiva aggiudicazione in favore di IMG, venivano impugnate dinanzi al TAR Lombardia che tuttavia rigettava il gravame in quanto **la scelta della stazione appaltante di non chiedere soltanto preventivi, che sarebbero "mere proposte contrattuali provenienti da terzi", ma anche "fatture**, documenti che comprovano l'avvenuta esecuzione di un contratto a determinate condizioni, **non è certamente irragionevole**, rispondendo **infatti all'esigenza di tutelare la stazione appaltante da offerte eccessivamente basse"**.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello **per violazione dell'art. 97** del decreto legislativo n. 50 del 2016 sia perché la stazione appaltante avrebbe effettuato valutazioni di carattere automatico e non basate su "elementi specifici", come pure previsto dalla disciplina di gara (difetto di istruttoria e di motivazione); sia perché sarebbero state **richieste "fatture"** e non anche più semplici "preventivi", come da giurisprudenza costante anche di questo Consiglio di Stato (difetto di proporzionalità dell'azione amministrativa). Si chiedeva altresì il risarcimento dei danni patiti per i quali si chiedeva la reintegrazione in forma specifica (aggiudicazione dell'appalto in favore di General Impianti) oppure per equivalente monetario.

4. Si costituivano in giudizio l'amministrazione comunale appellante nonché la controinteressata IMG (aggiudicataria finale dell'appalto in questione), entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. Venivano inoltre rispettivamente sollevate (4.1. e 4.2.) e riproposte (4.3.) le seguenti eccezioni di rito:

4.1. Violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., in quanto la memoria della parte appellante in data 11 giugno 2023 è stata depositata oltre le ore 12;

4.2. Violazione dell'art. 104, comma 2, c.p.a., in quanto sarebbero state depositate dalla difesa di parte appellante nuovi documenti (fatture emesse tra il 2022 e il 2023) non altrimenti prodotti in occasione del giudizio di primo grado;

4.3. Veniva inoltre riproposta da IMG l'eccezione di irricevibilità già sollevata in primo grado con cui si rilevava, a fronte del verbale in data 31 marzo 2023, la tardività del gravame notificato soltanto in data 14 giugno 2023.

5. Alla pubblica udienza del 27 giugno 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso, si affrontano innanzitutto le sollevate e riproposte eccezioni di rito. Più in particolare:

6.1. L'eccezione di **tardività del deposito della memoria in data 11 giugno 2023 deve essere rigettata sulla base della giurisprudenza di questa stessa sezione secondo cui: “la possibilità di depositare con modalità telematica atti in scadenza è assicurata fino alle ore 24 dell'ultimo giorno consentito secondo i termini perentori (cioè fino allo spirare dell'ultimo giorno): il deposito telematico si considera quindi perfezionato e tempestivo con riferimento al giorno, senza rilevanza preclusiva con riguardo all'ora” (Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1652);**

6.2. L'eccezione di divieto di *nova* può essere poi superata dal momento che la presentazione delle fatture, sulla base di quanto si dirà appresso (punto 12), non è determinante ai fini del decidere in questa sede;

6.3. La riproposta eccezione di tardività del gravame è invece infondata in quanto **la lesività concreta ed immediata**, con riguardo alla posizione soggettiva vantata dalla odierna appellante, **si è registrata per la prima volta non con il verbale del 31 marzo 2023 (in cui si affermava solo genericamente che sarebbe stato necessario presentare “fatture”** in presenza di “significativi scostamenti”, senza tuttavia specificare la soglia effettiva di tale scostamento) **ma, piuttosto, con il verbale del 9 maggio 2023 (allorché si fissava al 20% la soglia di tale scostamento** al di sopra della quale esibire fatture e non più semplici preventivi): di qui la rilevanza di tale ultima previsione, onde radicare il pregiudizio dell'appellante, dal momento che lo scostamento della propria offerta era mediamente pari al 37% circa. Tanto che General Impianti è stata esclusa soltanto all'indomani di tale seduta del 9 maggio 2023, non potendo essere la stessa estromessa in forza della mera affermazione di principio contenuta nel verbale del 31 marzo 2023. Di qui, si ripete, il rigetto di tale riproposta eccezione.

7. Nel merito l'appello di General Impianti si rivela fondato per le ragioni di seguito indicate.

8. Come già anticipato in punto di fatto:

8.1. In esito alla seduta della commissione di gara del 7 marzo 2023, General Impianti risultava al primo posto della graduatoria;

8.2. Nella seduta del 31 marzo 2023 il Comune di Milano, dopo avere rilevato che i prezzi offerti dalla General Impianti presentavano uno scostamento pari ad oltre il 37% rispetto ai costi di progetto, comunicava che i “significativi scostamenti” avrebbero dovuto essere giustificati mediante fatture (e non soltanto mediante preventivi). Tuttavia non veniva ancora indicata la misura di tale “significativo scostamento”;

8.3. In data 20 aprile 2023, General Impianti forniva i propri giustificativi fondati, come si vedrà,

sulla capacità organizzativa dell'impresa, sulla possibilità di produrre forti economie di scala nonché di ottenere notevoli sconti da parte dei singoli fornitori;

8.4. Nella seduta del 9 maggio 2023, tale soglia veniva quantificata nella misura del 20% rispetto ai costi di progetto. Al di sopra di tale soglia, i prezzi offerti dai concorrenti avrebbero dovuto essere giustificati – come già anticipato – mediante fatture di acquisto e non soltanto mediante preventivi;

8.5. La General Impianti veniva infine esclusa in quanto gran parte dei prezzi offerti risultavano superiori a tale soglia del 20% senza che gli stessi prezzi potessero essere giustificati mediante fatture di acquisto (erano stati al riguardo presentati soltanto preventivi);

9. Emerge dunque, da quanto appena riportato, che i prezzi con scostamento inferiore al 20% potevano essere giustificati mediante “preventivi”; i prezzi al di sopra di tale soglia (20%) dovevano invece essere giustificati attraverso “fatture quietanzate”. In assenza di fatture, le offerte sarebbero state escluse.

Trattasi di un meccanismo di esclusione generalizzato e a carattere automatico di fatto introdotto in corso di gara (più in particolare, all'indomani dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e dopo avere formato una prima graduatoria di merito).

Trattasi in particolare di un meccanismo la cui illegittimità, si anticipa sin da ora, risulta piuttosto evidente per la violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità (profilo procedimentale) nonché del **principio di proporzionalità** dell'azione amministrativa e dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (profili sostanziali).

10. Più da vicino, sul piano strettamente procedimentale si osserva che:

10.1. Per il giudizio di anomalia si applicano le disposizioni al riguardo previste dalla legge di gara, quali parametri di valutazione, cui si aggiungono quelli ordinariamente riservati alla discrezionalità tecnica della commissione di gara. Nel caso di specie la legge di gara prevedeva tra l'altro che: “La Stazione Appaltante può in ogni caso valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”;

10.2. Eventuali altri criteri applicativi, soprattutto se forieri di ulteriori forme di dettaglio, debbono essere preventivamente e puntualmente prefissati e predeterminati. Tali ulteriori parametri, in siffatta direzione, debbono formare oggetto di procedimentalizzazione e dunque di previa tempestiva conoscenza da parte di tutti gli operatori in gara i quali debbono essere edotti di ogni possibile fattore di valutazione prima di formulare, con piena consapevolezza, le proprie rispettive offerte;

10.3. Tanto doverosamente premesso, nel caso di specie **il suddetto meccanismo di esclusione è stato introdotto ex post**, ossia dopo avere conosciuto il contenuto e soprattutto l'entità delle offerte economiche formulate dai singoli concorrenti, e non *ex ante* ossia mediante specifica previsione nella legge di gara (la quale nulla stabiliva, con riguardo alla

valutazione di anomalia, salvo il fatto che essa dovesse avvenire “in base ad elementi specifici”);

10.4. Tale regola è stata in altre parole introdotta soltanto **allorché i prezzi offerti sono stati conosciuti da parte della stazione appaltante** e, soprattutto, dopo che è stata scoperto il livello del loro “scostamento” rispetto ai costi di progetto (oltre il 37%);

10.5. **Taluni criteri, se poi debbono formare parametro di valutazione, debbono invece formare oggetto di procedimentalizzazione** e dunque di previa tempestiva conoscenza, da parte di tutti gli operatori, i quali come già detto debbono poter formulare le proprie offerte in modo consapevole. Tempestiva conoscenza che tuttavia non si è alcun modo registrata nel caso di specie;

10.6. **Di qui la chiara violazione dei principi di trasparenza e di imparzialità della pubblica amministrazione**, atteso che la regola di gara (che governa in particolare la fase del giudizio di congruità delle offerte) è stata elaborata ed inserita soltanto dopo avere avuto piena cognizione circa il contenuto delle rispettive offerte degli operatori economici in competizione;

10.7. **Da quanto detto consegue la sussistenza di un primo profilo di illegittimità sul piano procedurale.**

11. In chiave sostanziale, invece, il meccanismo concepito in modo così automatico e generalizzato si rivela contrario al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa nonché all'obbligo di motivazione per le ragioni di seguito evidenziate.

12. Sul piano **della proporzionalità è stato introdotto un parametro di valutazione improprio ed eccessivo**, atteso che Il TAR Lombardia insiste nell'affermare che per giustificare le voci dell'offerta servono fatture quietanzate e che dunque **non bastano più semplici preventivi**.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è tuttavia pacificamente orientata nel ritenere sufficienti i preventivi i quali rivestono, per l'appunto, “valore probante”.

Come affermato in Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4537: “In linea di massima deve ammettersi che nelle procedure ad evidenza pubblica il concorrente possa giustificare il ribasso proposto facendo riferimento ai preventivi”.

Ed ancora, si afferma in Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2020, n. 4856: **“è infatti possibile produrre in sede di verifica dell'anomalia preventivi dell'impresa fornitrice con valore probante delle condizioni particolarmente vantaggiose spuntate dal concorrente di una gara pubblica e apprezzabili dalla Stazione appaltante nell'ambito del suo potere tecnico-discrezionale di valutazione della congruità dell'offerta (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1516; V, 25 luglio 2019, n. 5259; V, 8 aprile 2019, n. 2281; 7 giugno 2017, n. 2736)”.**

Si veda poi la sentenza di questa stessa sezione n. 3085 del 24 marzo 2023, secondo cui: **“in linea di massima deve ammettersi che nelle procedure ad evidenza pubblica il concorrente**

possa giustificare il ribasso proposto facendo riferimento ai preventivi”.

Del resto: **acquisire preventivi (e dunque trattare anche prezzi particolarmente convenienti) costituisce operazione accessibile a tutti gli operatori; acquisire fatture già quietanziate (su 58 voci, tra l'altro) costituisce invece una sorta di *probatio diabolica*** percorribile da pochissimi operatori privati, attesa la estrema difficoltà e probabilità che il concorrente abbia avuto modo di realizzare quei medesimi interventi e quelle stesse lavorazioni (qui peraltro molto variegata e numerose) che formano oggetto dell'appalto in esame. Il tutto senza omettere di considerare il fenomeno della “fluttuazione dei prezzi” che in ogni caso interessa, altresì, eventuali identiche tipologie di intervento edilizio.

Ove si seguisse questa strada si minerebbe quindi seriamente la libertà di impresa e si finirebbe per premiare alcuni pochi operatori a discapito di altri, e ciò con grave *vulnus* per la parità di trattamento che governa il meccanismo delle pubbliche gare.

Nei termini di cui si è detto, il meccanismo introdotto si rivela illegittimo anche sotto il profilo della **assenza di proporzionalità** dell'azione amministrativa.

13. Sempre in termini sostanziali, il meccanismo introdotto comporta una sorta di esclusione automatica e generalizzata (ossia di tutte le offerte, non altrimenti dimostrabili mediante fatture quietanzate, superiori al 20% rispetto al costo di progetto) che si pone in frontale contrasto con il generale *obbligo di motivazione* di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990 (nonché di cui all'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016) e al tempo stesso configura un vizio di eccesso di potere per *difetto di istruttoria*. Più in particolare:

13.1. La pacifica sussistenza di un potere ampiamente discrezionale della stazione appaltante, in sede di giudizio di congruità delle offerte, non equivale tuttavia ad integrale assenza di motivazione;

13.2. Ed infatti, è ben vero che in simili ipotesi la giurisprudenza è concorde nel ritenere non sia necessaria una “particolare motivazione”, ma è anche vero che ciò non significa che non debba comunque emergere almeno una “minima motivazione” circa la decisione di escludere per anomalia un determinato operatore dalla gara. Tanto si ricava:

13.2.1. Dall'art. 13 della legge n. 241 del 1990, il quale prevede l'esonero dall'obbligo di motivazione di tutta una serie di atti amministrativi (regolamenti, provvedimenti generali, atti di pianificazione, etc.) nel cui novero non sono di certo ricompresi, altresì, i provvedimenti “ad alto tasso di discrezionalità”;

13.2.2. **Dal richiamato art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016, il quale impone ai singoli operatori soggetti ad un simile giudizio di congruità, ai commi 4 e 5, di fornire “spiegazioni” circa la natura delle proprie offerte e circa le ragioni di talune particolari condizioni di vantaggio commerciale. Va da sé che tali spiegazioni, se congruamente predisposte dall'operatore, debbono poi trovare minima ma adeguata confutazione, in caso di non condivisione, da parte della stazione appaltante. Ebbene nel caso di specie, se da un**

lato General Impianti aveva fornito ampie spiegazioni mediante nota del 20 aprile 2023 (in cui si illustravano le particolari condizioni organizzative e commerciali che avrebbero potuto dare luogo ad economie di scala ed anche a forti sconti da parte di fornitori, l'esperienza acquisita in altri appalti e dunque l'elevato livello di *know how*, i modelli gestionali utilizzati, l'utilizzo di tecnologie e la formazione continua dei propri dipendenti), tali stesse spiegazioni non hanno tuttavia formato oggetto di alcuna contestazione o confutazione – anche in forma minima, si ripete – sia in sede di verbale del 9 maggio 2023, sia in sede di disposta esclusione con atto del successivo 15 maggio 2023. Il che denota un chiaro **difetto di motivazione e ancor prima di istruttoria nell'attività posta in essere;**

13.2.3. Ragionando *a contrario*, un simile **obbligo di “motivazione minima”** si ricava proprio in considerazione di quella giurisprudenza che ritiene sufficiente la motivazione *per relationem*, rispetto ai giustificativi prodotti dall'operatore, soltanto in caso di giudizio di anomalia che si chiuda positivamente per l'operatore stesso. Il che comporta, di conseguenza, che nell'ipotesi di procedimento di congruità che si chiuda invece **negativamente la motivazione, sebbene in forma sintetica, deve comunque essere garantita;**

13.3. Ciò trova del resto conferma nel medesimo art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 il cui comma 6 disciplina **il giudizio di anomalia facoltativa** (quale quello di specie), il quale si innesca allorché l'amministrazione **ravvisi taluni “elementi specifici” che possano far ritenere comunque anomala l'offerta formulata.** Anche la legge di gara prevedeva del resto che: “La Stazione Appaltante può in ogni caso valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi

specifici, appaia anormalmente bassa”. **Ebbene di tali “elementi specifici” non è stata assicurata allegazione alcuna da parte della stazione appaltante** dal momento che:

a) per un verso è stato ritenuto (cfr. verbale in data 9 maggio 2023, pag. 2, sesto capoverso) che simili forti sconti sarebbero improbabili da ottenere sia per gli “attuali fenomeni inflattivi”, sia per le “difficoltà di approvvigionamento delle materie prime” che si registrano in questo particolare momento storico;

b) per altro verso, simili difficoltà non sono state poi “calate” o meglio puntualmente declinate, tuttavia, in funzione ed in corrispondenza dei singoli prodotti e delle singole lavorazioni contemplate nell'oggetto di appalto;

c) **al ricorrere delle condizioni previste nel verbale del 9 maggio 2023, infatti, la stazione appaltante si è limitata a prendere atto del superamento della suddetta soglia di esclusione** (scostamento di oltre il 20% dai costi di progetto) nonché della mancata produzione di fatture in ordine ai medesimi prezzi per poi escludere in modo acritico ed automatico, ossia senza qualsivoglia istruttoria e valutazione supplementare, la odierna società appellante dalla procedura di gara;

d) è dunque mancato un giudizio in concreto tarato sui singoli prezzi, i quali hanno formato oggetto di negativa valutazione in virtù della applicazione mera di un criterio automatico e generalizzato quale quello sopra descritto (incongruità di tutti i prezzi superiori al 20% dei costi

di progetto non altrimenti suffragati da fatture quietanziate) senza aggiunta alcuna di ulteriori specifici elementi motivazionali;

e) e ciò **nonostante sui medesimi prezzi fossero stati prodotti puntuali preventivi** i quali, tuttavia, non hanno poi formato oggetto di approfondimento valutativo e di eventuale confutazione ad opera della medesima stazione appaltante;

f) in altri termini, alcuni fattori di contesto enucleati alla stregua di pur condivisibili generali premesse di valutazione (inflazione e difficoltà di approvvigionamento materiali) non sono stati poi ulteriormente e doverosamente precisati e caratterizzati in relazione al singolo prodotto ed alla singola tipologia lavorazione;

g) è mancata pertanto una valutazione in concreto delle singole voci di prezzo o almeno di quelle voci che, da sole, avrebbe poi determinato l'inattendibilità dell'offerta nel suo complesso;

h) la stazione appaltante **ha in questo modo rinunciato “ad esercitare qualsivoglia vaglio critico sui preventivi allegati a corredo dell’offerta”, per tale via vanificando “la missione a presidio della quale si pone il sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta”** (così Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2023, n. 2055, la quale richiama a sua volta sul punto Cons. Stato, sez. III, n. 4850 del 2020, nonché 9871, 4478, 4481 e 4848 del 2020).

13.4. Ora, la difesa dell'amministrazione comunale nonché quella di IMG insistono nel ritenere incongrui tali prezzi alla luce del **Prezzario regionale** ma tale documento, per giurisprudenza costante, costituisce mera “base di partenza” che non ha efficacia vincolante nella misura in cui sia possibile giustificare un certo discostamento dai livelli di prezzo ivi indicati. Ebbene, di tale discostamento è stata fornita una certa giustificazione nelle “spiegazioni” fornite il 20 aprile da General Impianti senza che la stazione appaltante, come sopra detto, abbia tuttavia esternato una specifica motivazione in senso contrario;

13.5. In conclusione **la stazione appaltante poteva sì introdurre una “soglia di attenzione” delle offerte, al di sopra della quale chiedere ai singoli operatori eventuali “informazioni supplementari”, ma non anche una “soglia di esclusione” di carattere automatico e generalizzato, peraltro superabile soltanto mediante eccessivi e sproporzionati mezzi di prova (fatture quietanzate), quale quella in questa sede concepita ed illegittimamente applicata.**

13.6. Alla luce delle considerazioni sopra partitamente svolte ritiene dunque il collegio che:

13.6.1. L'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante **nel giudizio di congruità delle offerte riguarda la modalità di esercizio di tale potere ossia il “metodo di valutazione” ma, di tale esercizio di discrezionalità, occorre comunque dare conto in apposito quadro motivazionale** che, sebbene non particolarmente dettagliato, deve essere garantito entro una cornice leggera ma sufficientemente consistente;

13.6.2. In questa stessa direzione la motivazione di esclusione per anomalia, sebbene da esternare in forma non necessariamente analitica, deve in ogni caso essere fondata su argomenti sintetici ma congrui.

13.7. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, l'unico motivo di appello deve dunque essere accolto anche sotto tale specifico profilo (difetto di motivazione e ancor prima di istruttoria).

14. In conclusione il ricorso in appello è fondato e deve essere accolto per le ragioni sopra partitamente esposte. Deve pertanto trovare altresì accoglimento il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento esclusione in danno della General Impianti e della successiva aggiudicazione in favore di IMG.

15. Ai fini meramente risarcitori, in considerazione della particolare natura dell'appalto in contestazione (accordo quadro) va disposta la reintegrazione in forma specifica del danno e dunque l'aggiudicazione della commessa in favore di General Impianti la quale, se del caso, dovrà subentrare nel contratto nelle more stipulato con IMG.

16. Le spese del presente giudizio possono essere integralmente compensate tra tutte le parti costituite in ragione della evidente complessità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie altresì il ricorso di primo grado e dispone l'aggiudicazione e dunque anche il subentro nel contratto in favore della odierna appellante.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza del Consiglio di Stato n. 7128/2024 rappresenta l'occasione di **esame del giudizio di anomalia dell'offerta nella sua triplice composizione strutturale**, consistente nella preliminare apposizione dei criteri di valutazione alla stregua dei quali verrà vagliata l'affidabilità dell'offerta sospetta, nella fase decisionale, connotata dall'esame delle osservazioni al lume dei parametri predeterminati e, infine, nella decisione a doppio esito alternativo.

A ciascuna delle fasi corrisponde una **diversa discrezionalità** nonché un **diverso sindacato giurisdizionale**. Infatti, mentre l'**apposizione dei criteri di valutazione è un'azione connotata da alta discrezionalità amministrativa**, sindacabile solo per illogicità, sproporzione, arbitrarietà, il **giudizio di anomalia dell'offerta si connota di discrezionalità tecnica**, schiudendo un sindacato intrinseco ma non sostitutivo. La **decisione conclusiva** del giudizio di anomalia, infine, **pur costituendo il precipitato dell'esercizio della discrezionalità tecnica** è, tuttavia, **sindacabile dal giudice attraverso il filtro della motivazione**, la quale renda atto dell'esame delle osservazioni dell'autore dell'offerta sospetta.

La dinamica della vicenda portata all'esame del Consiglio di Stato trova *incipit* nella decisione della stazione appaltante di considerare le fatture quale unico strumento per giustificare i costi dei materiali e dei noli/trasporti e della manodopera. **Secondo il Supremo Consesso la richiesta di fatture ai fini probatori costituisce una *probatio diabolica*, siccome l'esibizione delle stesse presuppone l'esplicazione di attività per le medesime lavorazioni**. Di conseguenza, l'attuazione del parametro delle fatture si traduce in un'automatica esclusione generalizzata di quelle offerte non dimostrabili con fatture. È evidente che il criterio di valutazione assunto ha connotazione escludente, contrario alla *par condicio* e altamente sproporzionato. Infatti **“acquisire preventivi (e dunque trattare anche prezzi particolarmente convenienti) costituisce operazione accessibile a tutti gli operatori; acquisire fatture già quietanziate (...) costituisce invece una sorta di probatio diabolica percorribile da pochissimi operatori privati, attesa la estrema difficoltà e probabilità che il concorrente abbia avuto modo di realizzare quei medesimi interventi e quelle stesse lavorazioni (qui peraltro molto variegata e numerose) che formano oggetto dell'appalto in esame.”**

Si evidenzia che nel caso esaminato la procedura è risultata scorretta sia nella fase di predisposizione del criterio di valutazione delle fatture sia nella fase decisoria. Quanto al primo aspetto, infatti, sul piano strettamente procedurale il parametro di valutazione costituito dalle fatture quale unico strumento giustificativo è stato introdotto *ex post* con violazione del canone della prevedibilità. Infatti, quand'anche l'assunzione del parametro si fosse rivelata necessaria nella fase intermedia di svolgimento del subprocedimento e non a monte, la pubblica amministrazione avrebbe dovuto proceduralizzare l'assunzione del relativo criterio giustificativo, onde garantire la prevedibilità.

Nella fase decisoria, la determinazione di esclusione, ancorché coerente con il parametro giustificativo assunto, risulta sprovvista di idoneo supporto motivazionale.

Sotto tale aspetto la sentenza del Consiglio di Stato si palesa enunciativa di un principio di diritto, secondo cui il **provvedimento conclusivo del giudizio di anomalia dell'offerta non può essere sprovvisto di supporto motivazionale**. Esso deve avere una motivazione minima, ancorchè di diversa intensità a seconda dell'esito: **se la chiusura del sub procedimento è positiva, si reputa sufficiente una motivazione per relationem**, che si inveri nel mero richiamo alle giustificazioni rese dall'operatore sospetto di inaffidabilità; **se la chiusura è, invece, negativa non è sufficiente una determinazione di esclusione, che si richiami al parametro assunto a monte senza esternare le contestazioni alle osservazioni rese dall'operatore**. Tanto si evince da un argomento sistematico e da un argomento positivo. Sotto il primo aspetto la determinazione del giudizio di anomalia dell'offerta, in quanto determinazione ad alto tasso di discrezionalità, non rientra tra gli atti che per legge possono non essere supportati da motivazione, i quali sono gli atti amministrativi generali o gli atti a contenuto normativo. In base all'argomento positivo, l'art. 97 del D.lgs n. 50/2016 stabilisce che gli operatori devono fornire spiegazioni, in tal modo presupponendo che le stesse debbano essere confutate dalla stazione appaltante in caso di non condivisione. Una determinazione conclusiva con esito negativo che si manifesti omissiva di contestazione, risulta immotivata e pertanto illegittima.

Nella specie la stazione appaltante ha preso atto del superamento della soglia di esclusione e della mancata produzione di fatture ma ha proceduto all'esclusione senza formulare un giudizio tarato sui singoli prezzi in concreto, nonostante fossero stati prodotti i preventivi. In tal modo ha rinunciato ad esercitare qualsiasi vaglio critico sui preventivi vanificando la missione a presidio della quale si pone il sub-procedimento, costituita dall'instaurare un contraddittorio teso a superare il sospetto di anomalia, in nome del *favor participationis* e del principio del risultato.

Sotto tale aspetto la sentenza in commento arricchisce lo statuto di quella componente importantissima del giudizio di anomalia dell'offerta, costituita **dall'esame delle giustificazioni** dell'operatore.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato **l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, ovvero della sua sostenibilità o attendibilità, rientra nell'alveo dell'esercizio di discrezionalità tecnica attribuito alla p.a.**, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopica illegittimità, quali gravi evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiati da errori di fatto, il giudice può esercitare il proprio sindacato. (cfr. Cons. Stato, Sez V n. 850/2024). Tuttavia, **l'esame delle giustificazioni non può essere acritico** ma deve svolgersi all'insegna del contraddittorio voluto dalla legge, manifestando le contestazioni delle osservazioni in sede motivazionale.

La sentenza in commento rappresenta un esempio di sindacato del giudice sul giudizio di anomalia dell'offerta, in quanto conformemente alle coordinate della giurisprudenza, il Consiglio di Stato si è espresso sia sulla correttezza procedurale e sostanziale della regola tecnica adottata a monte sia sulla legittimità della determinazione a valle. Occorre premettere che, poiché il giudizio di anomalia è espressione di discrezionalità tecnica il giudice può esercitare solo un sindacato di ragionevolezza, logicità, completezza dell'istruttoria e non può

andare oltre, **essendo precluso al giudice di sindacare la non sussistenza dell'anomalia**. Tuttavia, **“il giudice può esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché in sintesi violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica”**. (cfr. Cons. Stato n. 6527/2023). Ciò in quanto la norma giuridica attributiva del potere è assimilabile a una norma in bianco, contenente un concetto giuridico indeterminato, quale presupposto dell'esercizio del potere, che la PA dovrà concretizzare attraverso il ricorso alla regola tecnica. In tal senso il controllo del giudice sulla correttezza dell'applicazione della regola tecnica si risolve in un controllo sull'applicazione della norma giuridica.

Più in particolare, nell'esercizio del suo sindacato sul giudizio di anomalia dell'offerta il giudice deve seguire un preciso schema di ragionamento, che è stato declinato dalla giurisprudenza. In un primo *step* il giudice si limita ad un controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dalla stazione appaltante. Qualora emergano spie di incongruenza o di illogicità, il giudice ripete l'indagine specialistica già condotta dalla pubblica amministrazione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, attraverso lo strumentario istruttorio messo a disposizione dal codice del processo amministrativo. In tal modo sarà possibile verificare l'attendibilità dell'esito del giudizio tecnico, nel senso che il giudice è in condizione di riscontrare se l'operazione condotta in applicazione del criterio tecnico prescelto rientri nel ventaglio delle soluzioni attendibili. Tuttavia, il sindacato giurisdizionale resta un sindacato di attendibilità e non di maggiore attendibilità, giammai potendo il G.A. sostituire il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione. Volendo essere più chiari, qualora per ipotesi l'applicazione del parametro tecnico prescelto conduca, in quanto opinabile, a più soluzioni attendibili, deve prevalere la soluzione cui la PA è approdata. Quindi, se all'esito del controllo intrinseco il giudice rileva che il giudizio tecnico amministrativo è proceduralmente corretto e incontaminato da profili di irragionevolezza o illogicità, ancorché non coincidente con la sua soluzione, deve arrestare il suo sindacato. La ragione risiede nel principio di separazione dei poteri: la legge ha abilitato la sola PA a ricorrere alla norma tecnica, ad attuarla e a prescegliere l'esito della sua attuazione ancorché opinabile. Ciò è vero a tal punto che sul piano processuale le censure formulate dal ricorrente escluso a valle del giudizio di anomalia dell'offerta sarebbero inammissibili se formulate in modo tale da domandare al giudice un sindacato sostitutivo rispetto alle valutazioni amministrative (cfr. Cons. Stato, n 6009/2023).