

# **Procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta: limiti procedurali ed effetti sull'aggiudicazione e sul contratto dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di esclusione ex art. 110 D. Lgs. 36/2023**

*di Antonio La Marca*

*Data di pubblicazione: 13-1-2025*

*(..) qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo".*

*Né i principi di autoresponsabilità, efficienza, risultato e par condicio, o la normativa in tema di procedure finanziate attraverso il PNRR, o l'esigenza di "massima celerità della conclusione delle singole fasi della procedura", possono giustificare la totale pretermissione di ogni confronto preventivo finalizzato a formare il giudizio della stazione appaltante nell'esercizio della discrezionalità tecnica che connatura la valutazione di anomalia dell'offerta.*

*Anzi, proprio in omaggio ai principi del buon andamento, del risultato e dell'economicità non è ammissibile che la migliore offerta espressa dal mercato venga esclusa in ragione di rilievi che non hanno formato oggetto di adeguata istruttoria.*

*Esorbita dai limiti delle proprie attribuzioni il G.A. quando, dopo aver accertato l'intrinseca irrazionalità/illogicità del giudizio di anomalia, dispone immediato annullamento dell'aggiudicazione (e dichiara altresì l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato), in luogo di disporre rinvio degli atti all'Amministrazione, per la rinnovazione globale del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, da estendersi ad ogni aspetto riguardante l'attendibilità dell'offerta economica. Solo all'esito di tale ulteriore e globale verifica potrà dirsi effettivamente "consumata" la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, con conseguente possibilità, da parte del G.A., di un sindacato sul modo di esercizio di detta discrezionalità. Diversamente, l'accertamento di carenze istruttorie nell'ambito del sub-procedimento di verifica di anomalia non ridonda nel sindacato su poteri non ancora esercitati, in ragione del fatto che l'esito di tale accertamento è la riedizione del potere da parte dell'Amministrazione.*

## **Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4379 del 2024, proposto da  
Consorzio Stabile Impero, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla  
procedura CIG A00956E106, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in  
Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Oo.Pp.  
Piemonte-Valle d'Aosta-Liguria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma,  
via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Rs Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Giuseppe Inglese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e  
domicilio eletto presso lo studio Marco Petrone in Roma, via Oslavia, 28;  
Eurosistemi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dagli avvocati Giuseppe Walter De Trizio, Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 165 del 2024, resa tra le  
parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rs Service S.r.l., di Eurosistemi S.r.l. e del Ministero  
delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Oo.Pp. Piemonte-Valle  
d'Aosta-Liguria;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2024 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Il Consorzio Stabile Impero ha proposto ricorso, integrato da successivi motivi aggiunti, per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori "*Piano PNRR - Palazzo di Giustizia di Genova - Piazza Portoria, 1 - Adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e 2 dei tamponamenti esterni dell'edificio - I<sup>a</sup> stralcio esecutivo - Adeguamento degli impianti di condizionamento ed elettrici*", per un importo a base d'asta pari ad euro 6.673.943,59 (CIG: A00956E106), nonché della conseguente aggiudicazione al controinteressato RS Service S.r.l., chiedendo, altresì, la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il subentro nello stesso.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha respinto il ricorso con sentenza n. 165 del 2024, impugnata dal Consorzio Impero per i seguenti motivi di diritto:

I) *error in iudicando*: violazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023;

II) *error in iudicando*: violazione degli art. 101 e 110 del d.lgs. n. 36 del 2023 – violazione dell'art. 69 della direttiva n. 2014/24.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Oo.Pp. Piemonte - Valle d'Aosta - Liguria, Rs Service S.r.l. e Eurosistemi S.r.l.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 7 novembre 2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto dal Consorzio Stabile Impero per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 165 del 2024, che ha respinto il suo ricorso, come integrato da atti di motivi aggiunti, per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori "*Piano PNRR - Palazzo di Giustizia di Genova - Piazza Portoria, 1 - Adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e 2 dei tamponamenti esterni dell'edificio - I<sup>a</sup> stralcio esecutivo - Adeguamento degli impianti di condizionamento ed elettrici*", per un importo a base d'asta pari ad euro 6.673.943,59 (CIG: A00956E106), nonché della conseguente aggiudicazione al controinteressato RS Service S.r.l.

Il Consorzio appellante, la cui offerta era risultata prima in graduatoria, ripropone in appello le ulteriori domande formulate in prime cure, volte a conseguire la declaratoria di inefficacia/caducazione del contratto di appalto stipulato con l'aggiudicataria e il subentro nello stesso.

Deve premettersi che il RUP, con nota del 26 ottobre 2023, n. 8761, al fine di valutare la congruità dell'offerta presentata dall'appellante, in osservanza di quanto prescritto dall'art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, ha richiesto all'operatore economico spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti, ossia idonea documentazione giustificativa, così articolando la richiesta: "A. *Relazione descrittiva dei procedimenti lavorativi e delle soluzioni tecniche che l'impresa intende adottare per la esecuzione delle varie categorie di lavori previsti in appalto, nonché delle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'impresa per l'esecuzione degli stessi*; B. *Specifiche delle spese generali sostenute dall'impresa per l'esecuzione delle opere in oggetto, con particolare riferimento alle peculiarità del sito di intervento*; 3 C. *Costi di noleggio degli apprestamenti e delle attrezzature che codesta impresa intende utilizzare*; D. *Relazione giustificativa del prezzo offerto per le seguenti categorie di lavorazioni omogenee: 1. IMPIANTI DI CONDIZIONAMENTO a) Tubazioni in rame prezzolate; b) Unità motocondensanti esterne; c) Unità interne; d) Pompe di calore; 2. IMPIANTI DI CONDIZIONAMENTO a) Corpi illuminanti; b) Quadri elettrici; c) Cavi elettrici; d) Fotovoltaico.*

*In particolare, dovrà essere fornita dettagliata analisi del prezzo, corredata delle offerte commerciali dei materiali-apparecchiature impiegate, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara delle seguenti categorie di lavorazione: ...".*

Alla luce del riscontro fornito dall'operatore economico, la Commissione incaricata della valutazione di congruità delle offerte ha ritenuto che: *"la documentazione fornita dall'Impresa risulta incompleta e non valutabile in quanto risultano del tutto assenti le Analisi Prezzi, così come da apposita richiesta formulata dalla Stazione Appaltante. Per quanto sopra, la commissione esaminatrice, preso atto che la documentazione giustificativa fornita dall'impresa risulta carente nei requisiti essenziali ad escludere, nella sua complessità, l'anomalia dell'offerta, ritiene la stessa non meritevole di giudizio favorevole di congruità".*

Le modalità operative e le risultanze delle attività di verifica condotte dalla Commissione sono state successivamente condivise dal RUP con nota prot. n. 9635 del 22 novembre 2023, che ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto all'operatore terzo classificato, la cui offerta non era stata ritenuta anormalmente bassa.

Il Consorzio Stabile Impero ha impugnato la sentenza n. 165 del 2024 con cui il Tar Liguria ha respinto il suo ricorso come integrato da successivi motivi aggiunti ritenendo che lo stesso: *"non ha presentato alcun documento avente le caratteristiche di quanto richiesto dalla SA, avendo allegato solamente alcuni elaborati privi di dati, valori e importi dai quali evincere il costo preventivato dal ricorrente per la manodopera, i materiali, i noleggi, le spese generali e l'utile d'impresa, con conseguente assenza di alcuna idonea giustificazione dell'anomalia contestata. ...*

*L'invocato art. 110, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, a differenza del Codice del 2006, per esigenze di celerità delle procedure di affidamento, ha concentrato le interlocuzioni con l'offerente nella fase della richiesta di giustificazioni e della presentazione delle stesse nel termine perentorio non superiore a 15 giorni, non prevedendo interlocuzioni ulteriori".*

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza, atteso che i

presunti profili di incompletezza dei giustificativi prodotti risulterebbero del tutto inconsistenti e smentiti per *tabulas*, avendo il Consorzio Impero puntualmente riscontrato con apposita relazione descrittiva tutti i profili oggetto della nota del 26 ottobre 2023 con cui la Stazione appaltante ha avviato il subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta.

In particolare, il Consorzio ha fornito numerosi elementi giustificativi sostanziali proprio in relazione alle suddette voci di costo, peraltro espressi con specifico riferimento ai prezzi unitari indicati dalla *lex specialis*, persino allegati ai giustificativi con l'impegnativa sottoscrizione anche dei partners commerciali. Con tali elementi, tuttavia, la Stazione appaltante non si è confrontata, arrestandosi al dato della ritenuta mancanza di una "analisi dei prezzi" che esprimesse "il costo preventivato dall'impresa per una certa categoria di lavorazioni, scomponendolo nelle sue voci di costo elementari".

Avendo il Consorzio dimostrato, proprio con riferimento alle voci dell'Elenco prezzi, significativi elementi giustificativi (ovvero le rilevanti economie derivanti dalle scontistiche acquisite per le forniture di materiali e mezzi necessari per l'esecuzione di quelle specifiche lavorazioni), non si comprenderebbe per quale ragione la stazione appaltante possa esimersi dal valutare la rilevanza degli elementi dedotti.

Sul punto, peraltro, assumerebbe valenza dirimente la circostanza che l'appalto oggetto di gara è remunerato "a corpo". In tale contesto, la stazione appaltante non poteva neppure limitarsi ad attribuire rilievo alla sola analisi di singole voci di prezzo, ma era tenuta a valutare la complessiva attendibilità e idoneità dei giustificativi presentati, in quanto espressivi della congruità dell'unitaria offerta "a corpo" formulata dal concorrente. A tale pur doveroso incumbente, tuttavia, la stazione appaltante si sarebbe completamente sottratta, limitandosi a ritenere la relazione giustificativa "incompleta e non valutabile", senza, quindi, entrare nel merito del contenuto sostanziale degli elementi addotti.

L'offerta di una significativa scontistica (55%) relativa ai materiali e mezzi d'opera pertinenti alle specifiche voci di prezzo richieste dalla stazione appaltante costituirebbe senza dubbio elemento pertinente alla verifica di congruità e che deve essere oggetto di specifica valutazione.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto che la sentenza avrebbe erroneamente interpretato l'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il provvedimento di esclusione sarebbe, invero, illegittimo nella misura in cui non ha consentito alcun contraddittorio/confronto preventivo, atteso che l'esternazione delle ragioni di presunta incongruità dell'offerta sarebbe avvenuta solo col provvedimento di esclusione in patente violazione delle norme e dei principi che governano anche la fase di verifica di congruità delle offerte.

Per il Ministero appellato l'esclusione sarebbe del tutto legittima in quanto, nella nota di richiesta dei giustificativi, si evidenziava che: "*in caso di mancata o parziale presentazione di quanto richiesto, si procederà all'esclusione*" dell'operatore economico, e lo stesso avrebbe completamente omesso di fornire la richiesta analisi dei prezzi, limitandosi a produrre, a

supporto della propria generica relazione giustificativa, n. 3 lettere di intenti, consistenti in mere dichiarazioni di applicazione di una scontistica che avrebbe dovuto essere universalmente applicata (senza ulteriori indicazioni e specifiche) alla fornitura di materiali, cui vengono allegati gli elenchi prezzi della procedura di gara per mera presa visione.

L'analisi dei prezzi consiste nella scomposizione delle voci di costo in componenti elementari, quali manodopera, materiali, noleggi e spese generali, con l'obiettivo di giustificare il prezzo proposto e garantire che sia congruente con i costi effettivi di realizzazione delle lavorazioni. La richiesta dell'analisi dei prezzi, quale strumento nella valutazione dell'anomalia dell'offerta, risponderrebbe all'interesse precipuo della stazione appaltante (e della collettività) di assicurare la serietà dell'offerta stessa e la qualità delle prestazioni finali rese dall'operatore economico. Inoltre, nel caso di specie, l'analisi dei prezzi non sarebbe stata richiesta con riferimento a tutte le categorie di lavorazioni contemplate nel progetto a base di gara, ma solo con riferimento ad alcune di esse. Sarebbe inconferente l'argomentazione proposta da parte appellante in relazione alla rilevanza che assume l'elenco prezzi nell'ambito di un appalto a corpo, non avendo l'amministrazione messo in dubbio che, nell'ambito di un appalto a corpo, l'elenco prezzi non costituisce una componente dell'offerta economica. Nel caso di specie si discuterebbe, infatti, della mancanza dell'analisi dei prezzi che, come messo in evidenza dalla sentenza appellata, sarebbe cosa diversa rispetto all'elenco prezzi della procedura di gara e che viene richiesta dal RUP quale strumento indefettibile per vagliare la congruità dell'offerta presentata; quindi, senza che la stessa possa in alcun modo assurgere, nel contesto di un subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, a componente dell'offerta stessa presentata e, conseguentemente, ad elemento del contratto stipulando.

In ordine al secondo motivo, non si sarebbe venuta a delineare una situazione nella quale residuavano dei margini di dubbio rispetto a singoli aspetti dell'offerta presentata, per come spiegata e giustificata, bensì una situazione di carenza documentale che non avrebbe potuto essere superata con una semplice richiesta di chiarimento, ma che avrebbe costretto la stazione appaltante ad una vera e propria reiterazione della richiesta di spiegazioni già avanzata, inconciliabile con gli altri principi che governano la materia e che sono stati correttamente richiamati dal Giudice di prime cure.

L'aggiudicataria RS Service S.r.l., che era terza classificata, richiama la sentenza della sezione n. 7114 del 2024 che ha respinto l'appello proposto dalla seconda graduata Eurosistemi S.r.l., parimenti esclusa per anomalia dell'offerta.

Il Collegio deve, innanzitutto, accogliere l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Eurosistemi nel giudizio di primo grado, nonché della memoria di costituzione della stessa nell'odierno giudizio di appello, atteso che Eurosistemi medesima è ormai definitivamente esclusa dalla gara in questione proprio in conseguenza della reiezione del suo appello proposto avverso la sentenza del Tar Liguria n. 166 del 2024 ad opera della sentenza di questa sezione n. 7114 del 2024. La stessa non vanta, quindi, alcun interesse, neppure indiretto o di mero fatto, nell'odierno giudizio.

Riguardo all'appello, lo stesso è fondato in parte.

Ed invero, il Collegio non condivide le statuizioni della sentenza appellata secondo cui: *“il ricorrente non ha allegato l’Analisi dei prezzi né altra documentazione equipollente, sebbene richiesta dal RUP anche in ragione della rilevante entità del ribasso proposto (43,74 %). ...*

*La SA ha correttamente richiesto la presentazione dell’Analisi dei prezzi ma il ricorrente, come si evince dall’esame delle “Giustifiche” e della “Relazione giustificativa del prezzo”, non ha presentato alcun documento avente le caratteristiche di quanto richiesto dalla SA, avendo allegato solamente alcuni elaborati privi di dati, valori e importi dai quali evincere il costo preventivato dal ricorrente per la manodopera, i materiali, i noleggi, le spese generali e l’utile d’impresa, con conseguente assenza di alcuna idonea giustificazione dell’anomalia contestata.*

*Neppure può considerarsi sostitutivo dell’Analisi dei prezzi la presentazione di alcune “lettere d’intenti” le quali contengono la mera dichiarazione (senza impegno vincolante) che un asserito fornitore dei materiali applicherà una determinata percentuale di sconto rispetto alle tariffe indicate negli elenchi prezzi inerenti la procedura in oggetto ma, anche in questo caso, senza indicazione delle voci che determinano il ribasso del prezzo offerto. ...”... “L’invocato art. 110, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, a differenza del Codice del 2006, per esigenze di celerità delle procedure di affidamento, ha concentrato le interlocuzioni con l’offerente nella fase della richiesta di giustificazioni e della presentazione delle stesse nel termine perentorio non superiore a 15 giorni, non prevedendo interlocuzioni ulteriori”.*

Ed invero, il Collegio ritiene di aderire al consolidato orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in vigore del d.lgs. 50 del 2016 ma tuttora applicabile, stante la rilevata continuità di disciplina, sia interna (cfr. art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023) che eurounitaria (cfr. art. 69 della direttiva n. 2014/24/UE), per il quale l’amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l’offerente, atteso che: *“nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all’esclusione dell’offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall’impresa “sospettata” di aver presentato un’offerta anormalmente bassa, atteso che l’esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa”* (cfr. Cons. Stato, V, 25 marzo 2019, n. 1969).

Ed invero, come di recente ribadito da questo Consiglio: *“In tema di verifica dell’anomalia dell’offerta, se è vero che l’articolo 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha previsto per la verifica di anomalia dell’offerta una struttura “monofasica” del procedimento e non più trifasica, cioè articolata in giustificativi, chiarimenti, contraddittorio - com’era, invece, nel regime disegnato dal previgente articolo 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 – e dunque non vi è un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia dell’offerta, non si può tuttavia approdare all’estremo opposto in cui l’esternazione delle ragioni dell’anomalia dell’offerta avvenga in definitiva solo col provvedimento di esclusione, amputando ogni forma di confronto sui profili ritenuti critici, in spregio dei canoni di collaborazione e buona fede che devono informare i rapporti tra stazione appaltante e imprese partecipanti alla gara ...”* (Cons. Stato, III, 19 febbraio 2024, n. 1591).

Tale orientamento risulta, peraltro, confermato dalla stessa Relazione di questo Consiglio sullo schema definitivo del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui: *“qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all’art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l’esclusione dell’operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo”*.

Né i principi di autoresponsabilità, efficienza, risultato e *par condicio*, o la normativa in tema di procedure finanziate attraverso il PNRR, o l’esigenza di *“massima celerità della conclusione delle singole fasi della procedura”*, possono giustificare la totale pretermissione di ogni confronto preventivo finalizzato a formare il giudizio della stazione appaltante nell’esercizio della discrezionalità tecnica che connatura la valutazione di anomalia dell’offerta.

Anzi, proprio in omaggio ai principi del buon andamento, del risultato e dell’economicità non è ammissibile che la migliore offerta espressa dal mercato venga esclusa in ragione di rilievi che non hanno formato oggetto di adeguata istruttoria.

Nel caso di specie, la stazione appaltante non poteva esimersi dall’esprimere comunque una valutazione in merito ai giustificativi forniti dall’appellante - se del caso previa richiesta di chiarimenti ed eventuali integrazioni - non potendosi di certo configurare la carenza di “elementi essenziali” dell’offerta.

Ed invero, il Consorzio appellante, anche in considerazione della natura di appalto a corpo, ha prodotto una relazione in cui descrive il procedimento di esecuzione dell’appalto, ha quantificato le spese generali, nonché descritto i particolari regimi di favore che gode con i fornitori. Ha inoltre prodotto tre note di società qualificate come fornitrici (né è stata fornita la prova della non verosimiglianza di tale qualificazione) da cui risulta uno sconto del 55% sui materiali dell’elenco prezzi della stazione appaltante, a cui tutte e tre fanno riferimento e che allegano e a cui si sono, dunque, vincolate.

Né rileva, per il Collegio, nella fattispecie in questione, la sentenza di questa sezione che ha respinto l’appello di Euro sistemi, seconda classificata nella stessa gara, atteso che, come emerge dalla stessa decisione, in quel caso la società non aveva giustificato l’offerta soprattutto in relazione alla specifica conformità dei materiali a quelli richiesti dalla stazione appaltante, rinviando tale giustificazione alla fase di esecuzione, mentre nel caso in esame i fornitori hanno allegato proprio il progetto dell’amministrazione con l’elenco di tutti i materiali richiesti, vincolandosi, dunque, specificamente.

In ogni caso, alla luce di quanto prodotto in sede procedimentale dal Consorzio Impero, quanto meno era necessario l’approfondimento del giudizio di anomalia in contraddittorio.

Va dunque annullata l’esclusione dell’appellante dalla gara in questione e va disposto l’ulteriore corso della verifica di anomalia dell’offerta della prima classificata Consorzio Stabile Impero da parte della stazione appaltante.

Ed invero, riguardo alla domanda di annullamento dell’aggiudicazione alla controinteressata e

di inefficacia e subentro nel contratto stipulato con la stessa, deve richiamarsi il recentissimo orientamento della sezione, a cui il Collegio ritiene di aderire, secondo cui: *“Esorbita dai limiti delle proprie attribuzioni il G.A. quando, dopo aver accertato l'intrinseca irrazionalità/illogicità del giudizio di anomalia, dispone immediato annullamento dell'aggiudicazione (e dichiara altresì l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato), in luogo di disporre rinvio degli atti all'Amministrazione, per la rinnovazione globale del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, da estendersi ad ogni aspetto riguardante l'attendibilità dell'offerta economica. Solo all'esito di tale ulteriore e globale verifica potrà dirsi effettivamente “consumata” la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, con conseguente possibilità, da parte del G.A., di un sindacato sul modo di esercizio di detta discrezionalità. Diversamente, l'accertamento di carenze istruttorie nell'ambito del sub-procedimento di verifica di anomalia non ridonda nel sindacato su poteri non ancora esercitati, in ragione del fatto che l'esito di tale accertamento è la riedizione del potere da parte dell'Amministrazione”* (Cons. Stato, V, 21 ottobre 2024, n. 8437; nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, V, 17 novembre 2022, n. 10131; IV, 7 agosto 2020, n. 4973; VI, 20 aprile 2020, n. 2520; V, 12 marzo 2020, n. 1772; V, 23 maggio 2019, n. 6419).

Il Collegio ritiene, dunque, di non accogliere le suddette ulteriori domande, essendo possibile, nel caso di conclusione positiva del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'appellante, instaurare eventuali successive iniziative in sede amministrativa o giurisdizionale.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto in parte e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va dichiarato inammissibile l'intervento *ad opponendum* di Euro Sistemi S.r.l. e va accolto in parte il ricorso di primo grado con l'annullamento della sola esclusione dell'appellante, ma va respinta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di inefficacia del contratto, come in motivazione.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della fattispecie, nonché della parziale soccombenza, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile l'intervento *ad opponendum* di Euro Sistemi S.r.l. e accoglie in parte il ricorso di primo grado con l'annullamento della sola esclusione dell'appellante, ma respinge la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di inefficacia del contratto, come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

## Guida alla lettura

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato indugia sul procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse e sulle conseguenze per l'aggiudicazione nonché per il successivo contratto dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di esclusione dell'operatore economico adottato ai sensi dell'art. 110 D. Lgs. 36/2023.

Nella fattispecie concreta, infatti, il ricorrente/appellante era stato escluso dalla gara giacché, dopo l'avvio del procedimento sopra menzionato, non aveva fornito uno dei documenti richiesti in sede di chiarimenti, ossia l'analisi prezzi. La Stazione appaltante, in particolare, aveva ritenuto tale lacuna documentale sufficiente per statuire l'estromissione dell'offerente e aveva, pertanto, omesso qualsivoglia valutazione in ordine ai giustificativi (documentali e non) trasmessi dall'impresa.

Tale comportamento, riverberatosi sul provvedimento oggetto di impugnazione, viene stigmatizzato dal Supremo Consesso, che opina che, come del resto confermato dalla Relazione al Codice del 2023, la verifica dell'anomalia dell'offerta postula un confronto preventivo con l'operatore economico, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio. L'assunto non può ritenersi mitigato in presenza di procedure che sottendono peculiari esigenze acceleratorie, ad esempio quelle finanziate con fondi PNRR (ambito in cui rientrava l'affidamento oggetto della controversia), giacché **il principio del risultato**, che trova saldo ancoraggio costituzionale nell'art. 97 Cost., **preclude di escludere la migliore offerta espressa dal mercato in assenza di una adeguata istruttoria**. Diversamente argomentando si produrrebbero effetti collidenti con l'art. 1 del Codice, poiché vi sarebbe il concreto rischio di estromettere la migliore offerta, sulla scorta di una mera velocizzazione della procedura; il principio del risultato, infatti, **non mira semplicemente alla rapida adozione del provvedimento di aggiudicazione, bensì alla celere scelta dell'offerta migliore**.

La necessità di evitare- ultronei- rallentamenti procedimentali, infatti, non può consentire di escludere un operatore economico, qualora tale esito provvedimento non sia conseguenza di un esaustivo iter procedimentale. La **discrezionalità tecnica** che connota il giudizio ex art. 110, infatti, deve imprescindibilmente basarsi su una solida istruttoria e su una esaustiva valutazione dei chiarimenti e dei documenti trasmessi dal concorrente.

Nel caso concreto, dunque, la committente pubblica avrebbe dovuto motivare perché, al di là della mancata produzione dell'analisi prezzi, le deduzioni dell'operatore economico non fossero sufficienti a confutare l'ipotesi di anomalia dell'offerta. Per tale ragione il provvedimento di esclusione viene ritenuto illegittimo.

Da tale statuizione, però, non deriva la caducazione dell'aggiudicazione e del successivo contratto. Il Collegio, infatti, osserva che il deficit procedimentale (e motivazionale) dell'esclusione per anomalia dell'offerta non esaurisce la discrezionalità della pubblica amministrazione, che, dunque, in sede di ri-esercizio del potrebbe ribadire l'estromissione del concorrente, **seppur all'esito di una compiuta e ulteriore analisi delle giustificazioni fornite da quest'ultimo; soltanto ultimata tale "seconda" valutazione potrà dirsi consumato il potere della p.a.** Il mancato esaurimento del potere amministrativo dopo **la prima sentenza di annullamento dell'esclusione del ricorrente** preclude, dunque, l'annullamento dell'aggiudicazione, poiché esso esorbiterebbe i limiti delle attribuzioni del G.A., di fatto violando anche il principio di separazione dei poteri.