Pubblicato il 03/10/2022

N. 08471/2022REG.PROV.COLL.
N. 06115/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6115 del 2021, proposto da

Pappacena Claudio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Clarizia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castellabate, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Siniscalchi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cava de' Tirreni (Capofila), Castellabate e Roccapiemonte (Sa), Comune di Cava dei Tirreni, Comune di Roccapiemonte, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Dervit s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione staccata di Salerno, Sezione I, 16 marzo 2021, n. 697, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castellabate;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e Spaziani Testa, in sostituzione dell'avvocato Siniscalchi per dichiarata delega;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Pappacena Claudio s.r.l. (di seguito *"Pappacena"*), odierna appellante, partecipava alla procedura di gara aperta indetta, con bando pubblicato il 10 dicembre 2019, dal Comune di Castellabate ed espletata tramite Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cava de Tirreni, Castellabate e Rocca Piemonte per l'affidamento dei lavori concernenti la *"realizzazione di un marciapiede lungo la strada provinciale alla Frazione Ogliastro"*, per l'importo complessivo a base d'asta di € 455.163,02, IVA esclusa, oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso di € 2.040,59, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, D.Lgs. 50/2016 (con assegnazione di un massimo di 80 punti per l'offerta tecnica, 10 punti per l'offerta temporale, 10 punti per l'offerta economica), risultando all'esito prima classificata nella graduatoria provvisoria con il punteggio complessivo di 96,532 punti (di cui 79,792 per l'offerta tecnica, 6,740 per l'offerta economica e 10 per l'offerta tempo).
2. Avviato il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 *"in quanto sia il punteggio dell'offerta quantitativa (TEMPO-PREZZO) sia l'offerta qualitativa (miglioria tecnica) sono risultati entrambi superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando disciplinare di gara"* (cfr. nota prot. 10408 del 5 giugno 2020) e richieste le

giustificazioni relative ad alcuni concorrenti, inclusa la prima graduata (che le trasmetteva con relazione acquisita al prot. n. 11436 del 18.6.2020), la Stazione appaltante (con nota prot. n. 12842 del 7 luglio 2020) riteneva l'offerta della ditta Pappacena e di altri operatori economici non congrua, disponendone l'esclusione dalla procedura di gara, e rideterminava la nuova graduatoria, aggiudicando poi l'appalto (con determina n. 540 del 9 luglio 2020) alla Dervit s.p.a., quarta in graduatoria con un ribasso d'asta del 6.58 % e un punteggio totale di 88,200.

3. Avverso l'esclusione dalla procedura insorgeva la società Pappacena, la quale impugnava innanzi al Tribunale amministrativo – Sezione staccata di Salerno anche gli atti e i provvedimenti di gara presupposti e conseguenti, inclusa l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, affidando il ricorso a quattro motivi di censura così rubricati:

"I. Violazione di legge (art. 97 comma 3 D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90) - Violazione del bando- disciplinare di gara (art. 11- par. Offerte anormalmente e art. 24) - Eccesso di potere (Difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione) - travisamento- erroneità- Irrazionalità- Perplessità- Arbitrarietà- Abnormità- Travisamento- Sviamento"

II. Violazione di legge (art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016); art. 3 L. 241/90; - Violazione del bando/Disciplinare di gara (art. 11- Par. Offerte anormalmente basse e art. 24) - Eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione- Travisamento- Erroneità- Irrazionalità- Perplessità- Arbitrarietà- Abnormità- Travisamento- Sviamento) - Violazione del legittimo affidamento- Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza.

III. Violazione di legge (art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90) - Violazione del bando- disciplinare di gara (art. 11- par. Offerte anormalmente basse e art. 24) - Eccesso di potere (Difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione- Travisamento- Erroneità- Irrazionalità- Perplessità- Arbitrarietà- Abnormità- Travisamento- Sviamento) - Violazione del legittimo affidamento-

V. [recte IV] Eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione- Travisamento- Erroneità- Irrazionalità- Perplessità- Arbitrarietà- Abnormità- Travisamento- Sviamento) - Violazione del legittimo affidamento- Violazione di legge (art. 95 D.Lgs. 50/2016; art. 3 L. 241/90).

3.1. In sintesi, con il primo motivo del ricorso introduttivo la Pappacena sosteneva l'insussistenza dei presupposti e delle condizioni cumulative per sottoporre l'offerta a verifica di anomalia ex art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016 (e cioè che sia il punteggio ottenuto, relativo al *"prezzo"* – ovvero l'offerta economica- sia la somma dei punteggi relativi agli *"altri elementi di valutazione"* - offerta tecnica + offerta tempo-, risultino entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei relativi punteggi massimi previsti nel bando di gara), come peraltro prescritto dalla stessa *lex specialis* della procedura (laddove all'art. 11, pag. 20, al paragrafo intitolato *"Offerte anormalmente basse"*, e all'art. 24 pedissequamente richiamava l'art. 97, comma 3, del D.Lgs. 50/2016): ciò in quanto il punteggio ottenuto dall'offerta della ricorrente in relazione al prezzo, pari a 6,740, era inferiore ai 4/5 (pari a 8) del punteggio massimo previsto dal bando (e, cioè, 10).

3.2. Con il secondo motivo assumeva poi che difettasse il presupposto dell'anomalia dell'offerta, lamentando che la Stazione appaltante l'avrebbe erroneamente inferita - rapportando la somma dei punteggi *"prezzo+ offerta temporale"* e il punteggio dell'offerta tecnica ai quattro quinti dei relativi punteggi massimi previsti dal bando- con modalità diverse da quelle tassativamente indicate dall'art. 97 comma 3 (a mente del quale la congruità è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al *solo* prezzo sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara).

3.3. Con il terzo motivo si sosteneva, invece, che l'offerta fosse congrua e ampiamente giustificata, mediante la dettagliata e analitica relazione trasmessa dalla ditta alla stazione appaltante, in ordine a tutti gli aspetti e alle lavorazioni dell'appalto e sulla base di circostanze specifiche e oggettivamente

riscontrabili (quali, in particolare, il totale ammortamento delle attrezzature occorrenti alla realizzazione dell'opera, la prossimità e vicinanza della sede operativa della società al cantiere, la ripetitività delle lavorazioni e il *know how* dell'impresa, la fruizione di sconti per l'acquisto del materiale, il carattere familiare dell'organigramma aziendale), tutte circostanze che, consentendo di abbattere i costi stimati per la regolare e corretta esecuzione dell'appalto, avrebbero fatto chiaramente emergere la congruità, attendibilità e serietà dell'offerta nel suo complesso ai sensi dell'art. 97, commi 4 e 5, D.Lgs. 50/2016, considerati gli utili di impresa residui (pari al 7 per cento) e l'importo stimato (sempre nella misura del 7 per cento) per le spese generali.

Si lamentava, inoltre, che il RUP non si fosse avvalso dell'apporto della Commissione, come prescritto dal bando (art. 24), né avesse attivato il contraddittorio con l'impresa.

3.4. Con un quarto ordine di censure, l'appellante sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione alla Dervit s.p.a. (classificatasi nella graduatoria di merito al quarto posto con un punteggio pari a 78,813 per l'offerta tecnica, a fronte del maggior punteggio conseguito dall'offerta tecnica della ricorrente), perché tradiva il principio premiale del migliore rapporto qualità/prezzo.

3.5. Con motivi aggiunti notificati in data 17 ottobre 2020 la ricorrente arricchiva le censure formulate contro l'aggiudicazione lamentando in particolare la *"violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica"* ed eccesso di potere (*sub specie* di difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione, travisamento, erroneità, arbitrarietà e sviamento) poiché all'interno del corpo della *"Relazione Illustrativa Offerta Migliorativa"* dell'aggiudicataria nonché nella maggior parte delle schede tecniche dei componenti adoperati risultavano indicati i costi dei relativi materiali; lamentava poi un'erronea valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria con riferimento a talune migliorie che sarebbero state già previste nel progetto a base di gara.

3.6. In esito ai disposti incombenti istruttori (di cui all'ordinanza del T.a.r. adito n. 1836 del 4 dicembre 2020) e al deposito in giudizio della documentazione prodotta in gara dalla controinteressata, la ricorrente proponeva ulteriori motivi aggiunti (notificati il 21 gennaio 2021), supportati da apposita perizia tecnica, con i quali (deducendo: *"I- Violazione di legge (art. 95, comma 1 e comma 10, D.Lgs. 50/2016, anche in relazione all'art. 97, comma 5, lett. d)- Violazione del bando/disciplinare di gara (artt. 9 e 23)- Violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica- Eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione- travisamento- Erroneità- Arbitrarietà- Sviamento)- Violazione dei principi di imparzialità, correttezza e par condicio. Violazione art. 97 Cost. (Buon andamento dell'azione amministrativa)"*) asseriva l'incongruità degli oneri aziendali della sicurezza quantificati dalla Dervit s.p.a. rispetto all'entità dei lavori da farsi.

3. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza della controinteressata e dell'Amministrazione comunale, il Tribunale amministrativo, disattese *in limine* le eccezioni di irricevibilità dei motivi per tardività dell'impugnazione e di carenza di interesse sollevate dalla controinteressata, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, ritenendo infondate tutte le censure ivi articolate (tanto quelle avverso l'esclusione quanto quelle formulate riguardo alla conseguente aggiudicazione della gara), e ha compensato tra le parti le spese di giudizio.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto: *a)* che non ricorressero le condizioni cumulative di una verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016; *b)* che il sub-procedimento di verifica di anomalia potesse nondimeno (ri)qualificarsi come verifica *facoltativa* ai sensi del comma 6, ultima parte, del medesimo art. 97 D.Lgs. n. 50/2016; *c)* che il giudizio di incongruità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante non fosse manifestamente illogico e irragionevole, stante il mancato computo di talune voci di costo da parte della ricorrente; *d)* che parimenti infondate dovessero ritenersi le doglianze procedurali relative alla violazione dell'art. 24 del bando in relazione alle modalità di svolgimento della verifica di anomalia, condotta dal RUP

senza il supporto della Commissione (spettando al primo la competenza in materia di verifica di anomalia e costituendo perciò la mancata attivazione del ruolo integrativo e di supporto della commissione *mero vizio procedimentale a carattere non invalidante* ex art. 21 *octies* legge 241/1990, anche in considerazione del fatto che la ricorrente non aveva in alcun modo dimostrato che, in caso di pieno coinvolgimento della commissione nell'ambito del rinnovato giudizio di anomalia, il procedimento sarebbe pervenuto a conclusioni sostanzialmente diverse; *d1)* che neppure sussisteva l'asserito difetto di contraddittorio procedimentale in quanto *"una ulteriore fase di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non è più prevista come obbligatoria e la stazione appaltante non è più tenuta alla richiesta di ulteriori chiarimenti o a un'audizione, come ribadito dall'ANAC"*; *e)* che dovessero ritenersi pure infondate le censure sollevate contro l'aggiudicazione alla Dervit in quanto: *e1)* non rileva la circostanza che quest'ultima avesse offerto una qualità inferiore a minor prezzo *"rientrando nelle normali logiche della procedura ad evidenza pubblica, in caso di esclusione del primo graduato, lo scorrimento della graduatoria ai fini dell'individuazione dell'aggiudicataria"*; *e2)* non sarebbe neppure ravvisabile la denunciata violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica tale da comportare l'esclusione dalla gara della concorrente, versandosi *"nell'ipotesi di mera produzione di listini, riferiti peraltro ad offerte migliorative, che per giurisprudenza costante non comportano ex se una violazione del divieto di commistione"*, quest'ultimo dovendo intendersi non già in senso assoluto e formalistico, ma come volto a impedire il sostanziale condizionamento dell'attività valutativa della commissione attraverso l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi che consentano l'anticipazione o ricostruzione dell'offerta, anche solo potenziale e in termini probabilistici; *e3)* che non fossero neppure condivisibili le censure sulle valutazioni delle migliorie offerte dall'aggiudicataria; *e)* che dovessero respingersi anche i secondi motivi aggiunti con cui si lamentava l'incongruità degli oneri aziendali della sicurezza quantificati dall'aggiudicataria, considerato che essi *"variano da un'impresa all'altra"*, sono *"influenzati nel loro ammontare*

dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta" e che perciò *"la relativa congruità, riferita alla singola realtà aziendale, non può essere desunta dagli importi offerti dagli altri partecipanti alla procedura di gara"*.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la società Pappacena, deducendone l'erroneità e domandandone la riforma per i seguenti motivi (con cui ha sostanzialmente riproposto le censure già articolate in primo grado, contestando le relative statuizioni di rigetto): *"I. Error in iudicando e in procedendo- omissione di pronuncia- motivazione apparente- Violazione art. 112 c.p.c.- Travisamento- Illogicità e contraddittorietà"*.

4.1. L'appellante ha poi riproposto le domande formulate in primo grado, chiedendo la declaratoria del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e a subentrare nel contratto eventualmente stipulato, ai sensi degli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm., previa declaratoria di inefficacia; in subordine, ha formulato domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario ai sensi dell'art. 124, comma 1, Cod. proc. amm, anche per i lavori eventualmente già eseguiti dall'aggiudicataria.

4.2. Si è costituito nel presente giudizio soltanto il Comune di Castellabate, argomentando l'infondatezza del gravame e insistendo per il rigetto.

4.3. Nelle memorie difensive depositate in vista della camera di consiglio per la trattazione cautelare le parti hanno rappresentato che nelle more, il 4 settembre 2020, il contratto è stato stipulato e i lavori (finanziati dalla Regione) consegnati in pari data, con termine di ultimazione fissato all'8 dicembre 2020.

4.4. Con ordinanza n. 5711/2021 l'istanza cautelare è stata quindi accolta ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, Cod. proc. amm.

4.5. All'udienza del 10 marzo 2022, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

5. L'appello è fondato nei sensi e termini di seguito precisati.

6. Innanzitutto, il Collegio qui rileva come la sentenza appellata ha correttamente escluso che nella fattispecie ricorra l'ipotesi di verifica *obbligatoria* di anomalia ex art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016 poiché l'offerta prima classificata della ricorrente, pur avendo superato i quattro quinti del punteggio massimo complessivamente riferito agli *elementi di valutazione diversi dal prezzo- offerta tecnica e offerta tempo*, per complessivi 89,792 punti- ha conseguito un punteggio relativo all'elemento *prezzo* -6,740- inferiore ai quattro quinti, pari ad 8, del punteggio massimo previsto dal bando (cioè 10).
È pertanto in tutto condivisibile il ragionamento del primo giudice sul punto, laddove ha disatteso le argomentazioni delle parti resistenti secondo le quali sulla base della formulazione del bando di gara sarebbe stato necessario, ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta, *"aggregare i punteggi attribuiti per il tempo ai punteggi attribuiti per il prezzo, in quanto entrambi elementi quantitativi"*: difatti, dalla documentazione di gara – che pure rispecchiava, sul piano concettuale, la distinzione fra elementi *qualitativi* dell'offerta, soggetti a valutazione discrezionale da parte della commissione di gara, ed elementi di natura *quantitativa* soggetti a calcolo numerico (cfr. in proposito, Linee Guida Anac n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"*; Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, contenente *"Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture"*)- non è dato inferire che *l'offerta temporale*, in quanto componente degli *"elementi quantitativi"* secondo le previsioni della *lex specialis*, dovesse essere *"aggregata all'offerta economica"* e con essa considerata unitariamente, anche ai fini della verifica di anomalia.
Ostava difatti a una siffatta operazione ermeneutica il chiaro (e insuperabile) tenore letterale dell'art. 97, comma 3, pedissequamente richiamato dalla *lex specialis*, che distingue nettamente il *"prezzo"* da *"gli altri elementi di valutazione"*.
6.1. La sentenza di primo grado ha poi anche correttamente evidenziato che la verifica di anomalia c.d. facoltativa è rimessa all'ampia discrezionalità

tecnica della stazione appaltante, estesa, a differenza della verifica *"obbligatoria"*, anche all' *an* della verifica stessa, e che tale facoltà prescinde *"dall'uso di particolari forme sacramentali"*, salva la necessità dell'*"individuazione espressa degli indicatori che – in assenza della condizione di superamento dei 4/5 di entrambe le componenti tecnica ed economica dell'offerta predeterminata legislativamente per la verifica di anomalia – facciano ritenere l'opportunità di procedere alla suddetta verifica*", oltre a essere oggetto di *"una potestà ampiamente discrezionale"*, sindacabile, come chiarito dalla consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 6 settembre 2018, n. 5231), solamente in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto e *tale da non richiedere motivazione*.

6.2. Su queste premesse correttamente assunte il primo giudice ha quindi altrettanto correttamente ritenuto:

- che *"avuto riguardo all'assetto sostanziale dell'andamento della gara"* la richiesta di giustificazioni per come formulata dal R.U.P., a prescindere dal riferimento al richiamo normativo operato, possa essere *riqualificata* come un'ipotesi di *"verifica di anomalia facoltativa"* ai sensi dell'ultima parte del comma 6 del medesimo art. 97 d. lgs. n. 50/2016 (a norma della quale *"la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa"*), previsione richiamata dallo stesso comma 3;
- che tale scelta, siccome appunto basata su elementi specifici - tali da far ravvisare, non irragionevolmente, l'opportunità di procedere alla suddetta verifica, e rappresentati segnatamente dalla circostanza che sia l'offerta *quantitativa* (*tempo-prezzo*), unitariamente considerata, sia l'offerta *qualitativa* (miglioria tecnica) della ricorrente avevano raggiunto punteggi nettamente elevati- non fosse né illogica né irragionevole;
- che difatti ben potevano sorgere ragionevoli dubbi sulla sostenibilità di una offerta qualitativamente molto elevata (la ricorrente ha ottenuto un punteggio pari a 79,792 su un punteggio massimo di 80 per l'offerta tecnica) realizzata in un orizzonte temporale esiguo sulla base di un prezzo contenuto (sia pure non tale, di suo, da far scattare una verifica obbligatoria).

Vanno dunque respinte le doglianze con cui l'appellante sostiene che il primo giudice avrebbe equivocato l'ambito dei poteri esercitati dalla stazione appaltante, confondendo fasi e momenti procedimentali del tutto diversi e integrando la motivazione del provvedimento impugnato, sostituendosi inammissibilmente alla stazione appaltante.

6.3. Non possono invece confermarsi le statuizioni impugnate laddove, accertato che non ricorressero le condizioni cumulative di una verifica obbligatoria di anomalia ex art. 97 comma 3 (in quanto il prezzo offerto dalla ricorrente non superava né raggiungeva i quattro quinti del punteggio massimo previsto dal bando) e che nondimeno l'Amministrazione potesse operare una verifica di anomalia facoltativa, consentita e plausibile in quanto lo *standard* qualitativo era alto a fronte di un prezzo contenuto e di un orizzonte temporale esiguo, hanno respinto come infondato il terzo mezzo con il quale la ricorrente ha sostenuto che comunque la propria offerta sarebbe risultata nel complesso congrua e attendibile.

6.4. Infatti, non sono condivisibili le conclusioni raggiunte sul punto dal primo giudice secondo cui il giudizio di anomalia della Stazione appaltante non sarebbe inficiato da manifesti errori di fatto o profili di irragionevolezza.

6.5. In particolare, la sentenza, nel considerare legittime le valutazioni operate dalla stazione appaltante, ha ritenuto che l'incongruità dell'offerta si desumerebbe dal fatto che la ricorrente non avrebbe computato (ovvero avrebbe sottostimato) alcuni costi, quali nello specifico: *a)* le spese *"di guardiania del cantiere H24 a mezzo di personale qualificato in contatto con il Direttore di Cantiere"* che *"ove computate, determinerebbero una significativa lievitazione dei costi"*; *b)* gli oneri connessi alle lavorazioni su doppi turni che, per quanto previste "*all'occorrenza"* (cfr. pag. 5 della medesima Relazione Tecnica) comporterebbero, ove attivate, un *"analogo significativo incremento, con necessità di stima quantomeno in via prudenziale"*; *c*) i costi aziendali per la sicurezza, dichiarati dalla ricorrente pari ad euro 12 mila, ma non specificamente giustificati, del tutto opaco ed insufficiente dovendo ritenersi ad avviso del primo giudice, a

prescindere dall'omessa indicazione di una serie di voci richiamate dalla stazione appaltante, *"un calcolo degli stessi effettuato in modo generico, non analitico e in via meramente presuntiva attraverso una formula matematica che li rapporta ad una percentuale stimata dal 3% al 5% delle spese generali"*; *d)* i costi per la stipula del contratto (quantificati in 322 euro), per la direzione tecnica di cantiere (quantificata in 900 euro unitamente alla gestione amministrativa del personale di cantiere), nonché altre tipologie di costi, quale quello del rimborso delle spese di pubblicità, tali da determinare l'incongruità dell'ammontare stimato per le spese generali; *e)* i costi relativi a talune migliorie offerte (segnatamente per il sub-elemento A.3 della Relazione Tecnica) che non risulterebbero incluse nel computo metrico estimativo e che la ricorrente ha sostenuto essere già comprese nelle spese generali poiché essa *"possiede un numero sufficiente, per il cantiere in oggetto, di elementi relativi alla segnaletica mobile ed alle strutture di recinzione provvisoria, di fatto pertanto già ammortizzati"*.

6.5.1. La sentenza ha poi ritenuto che le spiegazioni a riguardo, riferite alle sopra indicate voci di costo, sarebbero state fornite dalla ricorrente solo in sede di giudizio, non trovando riscontro nella documentazione di gara e nelle giustificazioni.

6.6. Senonché tali conclusioni anzitutto contrastano con i consolidati principi giurisprudenziali in materia di verifica di anomalia, basandosi su un'analisi parcellizzata delle singole voci di costo dalle quali non è dato evincere però la complessiva incongruità dell'offerta.

6.6.1. Infatti, come noto, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della stessa nel suo insieme e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte (Cons. di Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690); la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e 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, V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 23 gennaio 2018, n. 230).

Il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio né ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, di talché l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

6.7. Come dunque deduce l'appellante, nella mancata considerazione dell'offerta nel suo complesso si annida il vizio di fondo delle valutazioni espresse dal RUP, prima, e dalla sentenza del Tribunale amministrativo, poi.

6.7.1. Invero, acclarato che l'offerta prima classificata non era *ex se* anomala ai sensi dell'art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016, il giudizio di non congruità espresso dalla Stazione appaltante risulta in contrasto con il ricordato pacifico insegnamento della giurisprudenza amministrativa che attribuisce a tale verifica natura globale e sintetica, non risultando accertata l'insostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso, a prescindere da inesattezze o sottostime delle singole voci di cui questa si compone (in questo senso: Cons. Stato, III, 9 ottobre 2018, n. 5798; V, 24 agosto 2018, n. 5047).

Infatti, poiché, come chiarito dalla giurisprudenza, anche un esiguo margine positivo impedisce di considerare antieconomica e dunque anomala l'offerta (in questi termini è la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio di Stato; *ex multis*: Cons. di Stato, V, 7 novembre 2018, n. 6295; Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3630, 22 gennaio 2016, n. 211, 10 gennaio 2015, n. 5128; V, 12 settembre 2018, n. 5332, 8 giugno 2018, n. 3480, 3 aprile 2018, n. 2053, 30 ottobre 2017, n. 4978, 27 settembre 2017, n. 4527, 12 maggio 2017, n. 2228, 13 febbraio 2017, n. 607, 25 gennaio 2016, n. 242), la verifica di anomalia condotta dalla stazione appaltante, limitandosi a contestare per singole voci la

mancata considerazione ovvero la sottostima nell'offerta prima classificata di taluni costi specifici non ha però affatto dimostrato che ciò comportasse l'assorbimento totale dell'utile residuo stimato, rendendo l'offerta antieconomica e in perdita.

6.7.2. Occorre poi anche rammentare che la giurisprudenza unanime di questo Consiglio, e di questa Sezione in particolare, ha ripetutamente osservato:

- che il giudizio di anomalia non può dar luogo a una *"caccia all'errore"* (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020 n. 607), in quanto esso tende ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto;
- che in un corretto contesto valutativo, che deve involgere complessivamente l'offerta esaminata, non possono rilevare, ove singolarmente considerate, eventuali inesattezze, come discostamenti di voci dell'offerta da prezzi correnti di mercato né singole o minime incongruenze delle singole voci di cui l'offerta si compone (tra le tante, Cons, Stato, V 29 luglio 2019 n. 5353)
- che nell'ambito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento in questione, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (Cons. di Stato, V, 8 giugno 2018, 3480; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633, 23 luglio 2012, n. 4206; Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982, 20 febbraio 2012, n. 875; Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801, 21 maggio 2009, n. 3146);
- che è legittimo e non dà luogo a un'alterazione del contenuto dell'offerta, con rimodulazione *in pejus* dell'organizzazione del personale, risolvendosi piuttosto in una diversa imputazione dei costi, l'allocazione dei costi per *"oneri di sicurezza aziendale"* nella voce *"spese generali"*, a condizione che l'offerta economica, nel complesso, sia sufficiente a coprire tutti i costi della

manodopera che dovessero risultare necessari per l'espletamento delle prestazioni oggetto della procedura di gara (si veda sul punto: Cons. Stato, V, 21 ottobre 2019, n. 7135; V, 8 aprile 2019, n. 2281; VI, 30 gennaio 2020, n. 788).

- che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica Amministrazione (in tal senso *ex multis*: Cons. di Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6023; Cons. Stato, V, 24 agosto 2018, n. 5047; Cons. Stato V, 12 marzo 2018, n. 1541; V, 21 novembre 2017, n. 5387; id., III, 13 settembre 2017, n. 4336; id., V, 14 giugno 2017, n. 2900; Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 211; nello stesso senso, già Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935);

- che, per quanto qui soprattutto rileva, un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è dunque precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi esso sostituire ad una attività valutativa rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente (Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935).

6.7.3. Alla luce delle sopra indicate coordinate ermeneutiche, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la verifica di anomalia in questione è illegittima e non conforme ai rammentati principi giurisprudenziali, non avendo dimostrato la complessiva insostenibilità e inattendibilità dell'offerta esaminata nel suo insieme.

6.7.4. Assodato che il procedimento di verifica di anomalia è stato condotto sulla base del presupposto, insussistente, che l'offerta fosse anomala ai sensi dell'art. 97 comma 3 (richiamato espressamente negli atti impugnati e nel provvedimento di esclusione dalla gara, ma inapplicabile alla fattispecie concreta) e che erroneo ed estraneo al paradigma normativo (erroneamente) applicato risultava anche il metodo di calcolo utilizzato dalla stazione

appaltante per valutare l'anomalia dell'offerta (*id est*: rapportando la somma dei punteggi *"prezzo +offerta temporale"* e il punteggio dell'elemento *"offerta tecnica"* ai quattro quinti dei relativi punteggi massimi previsti dal bando), dunque sulla base di un valore diverso da quello (*il solo prezzo*) indicato dalla norma, e considerato tuttavia che era in facoltà dell'Amministrazione verificare la congruità dell'offerta in presenza di seri dubbi sulla sua sostenibilità, in quanto il richiamo operato al riferimento normativo non la vincolava a effettuare la verifica di anomalia solo ai sensi dell'art. 97, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 e secondo quello schema legale (non potendo di per sé inferirsi la congruità dell'offerta dalla circostanza che essa non fosse anormalmente bassa ai sensi della norma citata, come apoditticamente asserito dall'odierna appellante), deve però conclusivamente e in via assorbente rilevarsi che, a prescindere dalla qualificazione, natura e metodologia della verifica condotta, dal sub-procedimento in questione non sia emersa in alcun modo la complessiva incongruità dell'offerta in rapporto all'esecuzione dell'appalto.

6.7.5. La stazione appaltante si è infatti limitata a verificare voce per voce costi asseritamente non computati, senza però dimostrare che essi siano idonei ad assorbire interamente l'utile stimato e a rendere incapiente l'offerta (prova questa che doveva invece essere fornita dall'amministrazione in modo ancor più rigoroso difettando, come evidenziato, i presupposti dell'offerta anormalmente bassa ai sensi del richiamato art. 97, comma 3).

6.8. Non possono poi condividersi le statuizioni appellate neppure laddove hanno ritenuto che la ricorrente solo in sede di giudizio avesse fornito argomentazioni giustificative, trattandosi invece di deduzioni difensive rese necessarie dall'esigenza di confutare in giudizio le prospettazioni delle altre parti (tanto più che col ricorso proposto si lamentava, tra l'altro, la violazione del contraddittorio procedimentale per la mancata richiesta di chiarimenti e l'omessa audizione dell'interessata da parte della stazione appaltante) e

comunque non idonee a comportare un'inammissibile modifica postuma dell'offerta.

Sotto altro concorrente profilo, risulta invece dalla documentazione di causa (relazione giustificativa e Relazioni tecniche asseverate) che l'odierna appellante, già in sede procedimentale, ha offerto puntuali e specifiche spiegazioni al fine di giustificare la sostenibilità dei costi esposti (anche in relazione al costo medio orario delle maestranze impiegate e al rispetto dei minimi salariali, nonché alle spese di guardiania per i quali ha dichiarato di impiegare personale esterno- trattandosi di prestazioni non ricomprese nell'oggetto del contratto- e non le maestranze dedicate all'appalto), dando contezza della congruità degli oneri di sicurezza aziendale, dell'importo delle spese generali e dell'utile di impresa, come pure di altri di altri elementi oggettivamente riscontrabili (quali il totale ammortamento delle attrezzature e la particolare vicinanza al cantiere) idonei a influire sulla serietà e sostenibilità dell'offerta.

6.9. Ad ogni modo, al giudizio di anomalia attivato dalla Stazione appaltante nell'odierna fattispecie non è sottesa una valutazione globale e sintetica dell'offerta della ricorrente tale da far emergere la sua incongruità nel complesso, con riferimento all'erosione dell'utile di impresa (stimato in misura pari al 7 per cento) nonché dell'importo per le spese generali (indicato sempre nella misura del 7%, corrispondente quindi a un importo di € 28.783,06, che non risulta quindi incapiente rispetto alle spese effettivamente sostenute).

L'impugnata esclusione si fonda così su un esame parcellizzato di singoli elementi e specifiche inesattezze, avulso da una valutazione di effettiva incidenza sull'offerta economica nel suo insieme, senza neanche considerare la (possibile) complessiva compensazione delle diverse voci di costo (Cons. Stato, V, 20 febbraio 2020 n. 1449), in antitesi con i ricordati principi in materia di valutazione di anomalia delle offerte.

7. Stante, per le sopra esposte considerazioni, l'illegittimità per difetto di istruttoria e motivazione della verifica di anomalia condotta dall'Amministrazione e, conseguentemente, dell'esclusione disposta nei confronti della ditta Pappacena, prima classificata nella graduatoria provvisoria di merito, la Stazione appaltante, per l'effetto conformativo del giudicato, dovrà pertanto provvedere alla rinnovazione della verifica di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 6, D.Lgs. 50/2016, assegnando all'impresa appellante un termine per fornire chiarimenti e nel rispetto di quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, laddove in particolare prescrive, all'art. 24 del bando, che *"Il RUP, con il supporto della Commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro"*.

8. In conclusione, stante la ravvisata fondatezza delle doglianze articolate con il terzo motivo di ricorso, riproposte in questa sede, l'appello deve essere accolto nei sensi e termini indicati in motivazione, con assorbimento di ogni altra doglianza, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, devono essere annullati gli atti e i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo di primo grado, fatto salvo il riesercizio del potere da parte della Stazione appaltante.

9. Sussistono nondimeno giusti motivi, per la particolarità delle questioni trattate e il complessivo andamento della causa, per compensare tra le parti le 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 e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso introduttivo di primo grado e annulla gli atti e i provvedimenti con esso impugnati nei sensi e termini di cui in motivazione, fatto salvo il riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione.

Compensa interamente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Angela Rotondano	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO