

Pubblicato il 16/03/2021

N. 00697/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01020/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1020 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via G.V. Quaranta n.5;

contro

-OMISSIS-, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio La Pastina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-, -OMISSIS-, Centrale Unica di Committenza tra i-OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via G.V. Quaranta n. 5;

1) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione:

a. dell'esclusione della ricorrente “-OMISSIS-” dalla gara avente ad oggetto “-OMISSIS-” (CUP: -OMISSIS-- CIG: -OMISSIS-- CPV:-OMISSIS-), disposta dal Responsabile dell'UTC Area III del -OMISSIS- e RUP, per ritenuta non congruità dell'offerta, con provvedimento -OMISSIS-, comunicato a mezzo pec il 7.7.2020;

b. del provvedimento/-OMISSIS- del Responsabile dell'UTC Area III del -OMISSIS- nonché RUP relativamente alla suddetta “procedura aperta, criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per lavori di -OMISSIS-” (CUP: -OMISSIS-- CIG: -OMISSIS-- CPV.-OMISSIS-) che, a seguito della analisi della documentazione giustificativa dell'impresa provvisoriamente aggiudicataria “ -OMISSIS-”, acquista agli atti al prot. N. -OMISSIS-, ha ritenuto l'offerta in esame non congrua; ha disposto la conseguente esclusione dalla procedura della ricorrente medesima; ha rideterminato la nuova graduatoria ed ha aggiudicato provvisoriamente i lavori di cui trattasi alla impresa -OMISSIS- S.p.A., che ha conseguito il punteggio di 88,200 ed un ribasso d'asta del 6,58 % pari ad un prezzo di € 427.253,88, compresi oneri per la sicurezza pari ad € 2.040, 50 (iva esclusa);

c. della nota prot. n. -OMISSIS-, trasmessa con pec di pari data, di “comunicazione ai sensi dell'art. 76 D.lgs. 50/2016 e s.m.i.” che a seguito di verifica di congruità delle offerte anomale e della conseguente adozione dei provvedimenti di competenza si è proceduto alla rimodulazione della graduatoria finale ed alla relativa nuova aggiudicazione provvisoria di cui alla procedura di gara in oggetto, il tutto come si evince dall'allegato verbale del 3.07.2020;

d. del verbale della Commissione di gara n. -OMISSIS-(in seduta pubblica Conclusiva), nella parte in cui sarebbe stato verificato che – tra le altre -

- l'offerta della ricorrente “-OMISSIS-” sarebbe anomala, ai sensi dell'art. 97 comma 3 D.lgs. 50/2016 e s.m.i;
- e. del verbale della Commissione di gara n. -OMISSIS-(in seduta riservata per correzione errori materiali), nella parte in cui sarebbe stato verificato che – tra le altre - l'offerta della ricorrente “-OMISSIS-” sarebbe anomala, ai sensi dell'art. 97 comma 3 D.lgs. 50/2016 e s.m.i;
- f. della nota prot. n. -OMISSIS-del Responsabile Area III del -OMISSIS- e RUP di <richiesta giustificazioni offerta anomala>, comunicata alla ricorrente a mezzo pec, con allegato il suddetto verbale della Commissione di gara n. -OMISSIS-;
- g. della nota prot. n. -OMISSIS-del Responsabile dell'UTC Area III del -OMISSIS- e RUP relativamente alla gara in oggetto che comunica di ritenere infondate le motivazioni dell'atto stragiudiziale di significazione e diffida notificato dalla “-OMISSIS-” in data 17.07.2020, assunte al prot. n. -OMISSIS-; di confermare quanto disposto nel verbale del 3.07.2020, di confermare quanto disposto con la determinazione DSG n. -OMISSIS-, con la quale si è proceduto all'approvazione degli atti di gara, disponendo la contestuale efficacia dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 32 c. 7 D.lgs. 50/2016 e s.m.i., ed approvazione della stessa ai sensi dell'art. 33 c.1 a favore della impresa -OMISSIS- S.p.A. con sede in -OMISSIS- C.F. e P. IVA n. 03708350651, per aver conseguito il punteggio di 88,200 ed un ribasso d'asta del 6,58 % pari ad un prezzo di € 427.253,88, compresi oneri per la sicurezza pari ad € 2.040, 50 (iva esclusa);
- h. della determinazione DSG n. -OMISSIS-, n. Det. Set. -OMISSIS-del Responsabile dell'Area 03 Lavori Pubblici e SUE del -OMISSIS-, ad oggetto: <Approvazione atti di gara ed efficacia ed approvazione della proposta di aggiudicazione relativa alla procedura aperta ai sensi dell'art. 60 D.lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 95 comma 2 D.lgs. 50/2016 per la sola

esecuzione dei lavori -OMISSIS-” (CUP: -OMISSIS-- CIG: -OMISSIS-- CPV.-OMISSIS->;

i. dei verbali della Commissione di gara n. -OMISSIS-(in seconda seduta Pubblica), n. -OMISSIS-(in prima seduta riservata), n. -OMISSIS-(Seconda seduta riservata), n. -OMISSIS-(Terza seduta riservata), n. -OMISSIS-(in seduta pubblica Conclusiva) e n. -OMISSIS-(correzione errori materiali riscontrati nel -OMISSIS-), tutti impugnati, rispettivamente, nella parte di interesse, limitatamente ai vizi dedotti, in relazione sia alla valutazione di non congruità dell’offerta della ricorrente e conseguente esclusione sia di aggiudicazione dell’appalto alla società -OMISSIS- S.p.A.;

j. dell’avviso di aggiudicazione di appalto, ex artt. 72 e 98 D.lgs. 50/2016, prot. n. -OMISSIS-, del Responsabile della Centrale Unica di Committenza, pubblicato sul portale in data 16.7.2020, alla ditta -OMISSIS- S.P.A., pubblicato sul portale in data 16.7.2020;

k. di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

nonché per la declaratoria

del diritto della società ricorrente a conseguire l’aggiudicazione dell’appalto;

di inefficacia del contratto di appalto, ove lo stesso sia stipulato nelle more della trattazione del presente gravame;

del diritto della società ricorrente al subentro nel contratto, che espressamente si richiede, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.;

in via subordinata, e salvo gravame, del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell’art. 124, comma 1, c.p.a.-

2) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-s.r.l. il 22.10.2020,

per l’annullamento, previa sospensione:

degli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo.

3) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-s.r.l. il 22.1.2021:

per l’annullamento:

degli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del -OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2021, tenutasi con modalità da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020 n. 176, la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il -OMISSIS- ha indetto procedura aperta per l'affidamento dei lavori di “-OMISSIS-” da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base d’asta, IVA esclusa, di € 455.163,02, oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso di € 2.040,59.

1.1. La società -OMISSIS-, odierna ricorrente, è risultata prima classificata nella graduatoria provvisoria con punti 96,532; quarta graduata, con il punteggio di 88,200, è risultata la -OMISSIS-s.p.a., attuale controinteressata.

1.2. La stazione appaltante ha avviato la verifica di anomalia delle offerte formulate da talune imprese concorrenti, fra le quali la ricorrente, alla quale il RUP, con nota prot. n. -OMISSIS-, ha comunicato che *“l’offerta di codesta ditta è risultata anomala ai sensi dell’art. 97 c. 3 D.lgs. 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”*.

1.3. Esaminata la relazione giustificativa presentata dalla società, il RUP, con nota prot. n. -OMISSIS-, ha ritenuto l’offerta non congrua, disponendo la conseguente esclusione dalla procedura della ricorrente; contestualmente sono stati esclusi anche gli altri operatori economici che non avevano prodotto nei termini la richiesta documentazione a giustificazione dell’offerta

ritenuta anomala ed è stata rideterminata la graduatoria. Con determina n. - OMISSIS-è stata poi disposta l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS-.

2. Con il presente gravame la -OMISSIS- insorge avverso la propria esclusione nonché gli ulteriori atti e provvedimenti in epigrafe specificati, ivi inclusa l'aggiudicazione, articolando i motivi appresso sintetizzati:

“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 BASSE E ART. 24) - ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – TRAVISAMENTO- ERRONEITÀ - IRRAZIONALITÀ- PERPLESSITÀ - ARBITRARIETÀ- ABNORMITÀ- TRAVISAMENTO - SVIAMENTO)”: secondo la ricorrente, perché un’offerta possa considerarsi anomala è necessario che si verifichino entrambe le condizioni previste dall’art. 97 comma 3 cit. e, cioè, che sia il punteggio ottenuto, relativo al “prezzo” (e, cioè, 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; nella specie, l’offerta della ricorrente (che ha ottenuto il punteggio di 6,740/10 per l’offerta economica, di 79,792/80 per l’offerta tecnica e di 10/10 per l’offerta tempo), non potrebbe essere considerata anomala, ai sensi dell’art. 97 c. 3 D.lgs. n. 50/2016 (e artt. 11 e 24 del bando/ disciplinare), in quanto il punteggio relativo al prezzo, pari a 6,740, è inferiore ai 4/5, pari ad 8, del punteggio massimo previsto dal Bando (e, cioè, 10).

“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”: l’esclusione è illegittima in quanto difetta il presupposto dell’anomalia dell’offerta *ex* art. 97, comma 3, del d. lgs. 50/2016 (richiamato dagli artt. 11 e 24 del bando).

“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- SVIAMENTO)- VIOLAZIONE DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO”: diversamente da quanto ritenuto dal RUP, l’offerta sarebbe in ogni caso congrua e ampiamente giustificata; inoltre il RUP ha valutato (negativamente) i giustificativi della ricorrente senza avvalersi dell’apporto della Commissione, come prescritto dal bando (art. 24) e senza attivare il prescritto contraddittorio con l’impresa.

“V [recte. IV]- ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – TRAVISAMENTO- ERRONEITÀ - IRRAZIONALITÀ- PERPLESSITÀ - ARBITRARIETÀ- ABNORMITÀ- SVIAMENTO)- VIOLAZIONE DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO- VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 95 D.LGS. 50/2016; ART. 3 L. 241/90)”: l’aggiudica alla -OMISSIS-, che si è classificata al quarto posto e ha ottenuto un punteggio riferito all’offerta tecnica pari a 73,813, a fronte del punteggio pari a 79,792 conseguito dalla ricorrente, tradisce il principio premiale del migliore rapporto qualità/prezzo.

3. Si sono costituiti la controinteressata ed il Comune insistendo per il rigetto del ricorso siccome infondato. La -OMISSIS-ha inoltre eccepito la tardività delle prime due censure con le quali la ricorrente contesta, *in apicibus*, la stessa decisione della stazione appaltante di assoggettare la sua offerta alla verifica di anomalia.

- 3.1. Il Comune ha depositato il contratto stipulato con l'aggiudicataria in data 4 settembre 2020 e il verbale di consegna dei lavori, avvenuta in pari data.
- 3.2. Il 7 settembre 2020 la ricorrente ha depositato memoria, corredata di apposita relazione tecnica.
4. Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata rigettata la domanda cautelare *“ritenuto, anche alla luce del rinnovato quadro normativo in materia di contratti pubblici, che nel bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco debbano allo stato ritenersi prevalenti le esigenze di prosecuzione della procedura”*.
5. La ricorrente ha proposto motivi aggiunti (notificati in data 17 ottobre 2020 e depositati il successivo 22 ottobre) con i quali ha dedotto:
“I- VIOLAZIONE DEL BANDO/DISCIPLINARE DI GARA (ART. 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)”: sarebbe stato violato il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, poiché all'interno del corpo della *“Relazione Illustrativa Offerta Migliorativa”* dell'aggiudicataria nonché nella maggior parte delle schede tecniche dei componenti adoperati risultano indicati i costi dei relativi materiali; inoltre, con riferimento al criterio A1 del bando, la -OMISSIS- ha indicato come miglioria un tipo di acciaio già previsto nel progetto a base di gara, determinando conseguentemente un'erronea valutazione dell'offerta tecnica.
6. Il Comune e la -OMISSIS-, nel costituirsi in resistenza ai motivi aggiunti, ne hanno dedotto l'infondatezza; la controinteressata ha inoltre eccepito la tardività e l'inammissibilità per carenza di interesse degli stessi.

6.1. La ricorrente ha depositato relazioni tecniche di parte (a supporto dei motivi aggiunti e in ordine alla quantificazione del danno da mancata aggiudicazione); con memoria di replica del 7 novembre 2020 ha controdedotto in ordine alle eccezioni di irricevibilità e inammissibilità dei motivi aggiunti sollevate dalla controinteressata.

7. Con ordinanza n. -OMISSIS-sono stati disposti incumbenti istruttori al fine di acquisire copia della documentazione prodotta in gara dalla controinteressata, con particolare riguardo all'offerta tecnica (ivi incluse le schede tecniche allegate alla "relazione illustrativa offerta migliorativa") e all'offerta economica e temporale, comprensive dei relativi allegati.

8. In esito al deposito della richiesta documentazione agli atti del processo la ricorrente – nello stigmatizzare la mancata produzione della documentazione amministrativa relativa all'offerta della -OMISSIS-- ha proposto ulteriori motivi aggiunti (notificati il 21 gennaio 2021 e depositati il successivo 22 gennaio), supportati da apposita perizia tecnica, 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)”: gli oneri aziendali della sicurezza sono stati quantificati dalla -OMISSIS-SpA in € 1.912,03 totali, importo totalmente incongruo rispetto all'entità dei lavori a farsi.

9. Si è costituita la -OMISSIS-in resistenza al secondo atto di motivi aggiunti, eccependone l'inammissibilità per carenza di interesse (per le medesime

ragioni già esposte con riguardo al primo atto di motivi aggiunti) nonché l'infondatezza nel merito.

10. Previo scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a., all'udienza pubblica del 23 febbraio 2021 la causa è stata spedita in decisione.

11. Con il primo e il secondo motivo di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente per la stretta connessione fra essi esistente, la ricorrente deduce l'illegittimità dell'esclusione per difetto del presupposto dell'anomalia dell'offerta ex art. 97, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016 (richiamato dall'art 11 del bando); del tutto erroneamente l'anomalia è stata calcolata riportando la somma dei punteggi per l'offerta prezzo e l'offerta temporale, da un lato, e il punteggio dell'elemento "offerta tecnica", dall'altro, ai quattro quinti dei relativi punteggi massimi previsti dal bando.

11.1. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di irricevibilità dei motivi in parola sollevata dalla controinteressata, secondo la quale la decisione di attivare il subprocedimento di verifica dell'anomalia, in quanto dotata di autonoma lesività, va impugnata entro il termine decadenziale di trenta giorni. Va infatti considerato che l'interesse al ricorso presuppone, per costante giurisprudenza, che l'atto censurato abbia prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio: *“la lesione da cui deriva, ex art. 100 c.p.c., l'interesse a ricorrere deve costituire una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso”* (Consiglio di Stato sez. V, 17 aprile 2020, n. 2464); viceversa, l'avvio del subprocedimento di verifica dell'anomalia produce una lesione meramente potenziale, che si attualizza al momento della (eventuale) estromissione dalla gara, non potendosi in alcun modo escludere che le giustificazioni rese dalla impresa sottoposta a verifica vengano ritenute congrue e attendibili.

11.2. Nel merito, i motivi sono infondati.

11.3. Ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d. lgs. n. 50/2016 (richiamato dall' art. 11 del bando): *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. Si applica l'ultimo periodo del comma 6”*.

11.4. In punto di fatto, la -OMISSIS- ha conseguito un punteggio complessivo di punti 96,532, di cui 79,792 per l'offerta tecnica, 10 per l'offerta temporale, 6,74 per l'offerta economica (con un ribasso del 16,090 per cento per l'offerta tempo e del 20,087 per cento per l'offerta economica). Il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo di 80 punti per l'offerta tecnica, di 10 punti per l'offerta tempo e di 10 punti per l'offerta economica.

11.5. Sulla base del disposto di cui al richiamato art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, l'offerta non risulta dunque di per sé anomala, poiché la 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 4/5, pari ad 8, del punteggio massimo previsto dal bando.

11.6. Devono essere in proposito disattese le, pur suggestive, argomentazioni spese dalla controinteressata e dall'aggiudicataria, secondo le quali sulla base della formulazione del bando di gara era 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.

11.6.1. Sul piano concettuale sussiste invero una distinzione fra elementi qualitativi dell'offerta, soggetti a valutazione discrezionale da parte della commissione di gara, ed elementi di natura quantitativa (quali, ad esempio, il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della

concessione, il livello delle tariffe) 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*”).

11.6.2. Tale distinzione è rispecchiata nella documentazione di gara, che aggregava gli elementi quantitativi, sia ai fini della presentazione della domanda (art. 9: “*MODALITA’ E TERMINI PER LA PRESENTAZIONE DELL’OFFERTA: Relativamente alla presente procedura di gara sono previste n. TRE “buste digitali” relative, rispettivamente, a: Documentazione Amministrativa, Offerta Tecnica, Offerta Economica e Temporale*”; art. 11: “*Busta C “OFFERTA ECONOMICA E TEMPORALE” contiene, a pena di esclusione, la seguente documentazione: Ribasso percentuale e Ribasso sul tempo utile per ultimare tutti i lavori previsti nella concessione*”) sia ai fini della valutazione (art. 8: “*CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE E ATTRIBUZIONE PUNTEGGI: L’appalto sarà affidato con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 comma 2 del D.Lgs. 50/2016, in base a: elementi qualitativi e elementi quantitativi*” e ancora “*la ripartizione del punteggio, considerando quello massimo di 100 punti, viene attribuito in base ai seguenti elementi: valutazione di natura qualitativa (OFFERTA TECNICA): 80 punti massimi; valutazione di natura quantitativa (OFFERTA ECONOMICA): 10 punti massimi; valutazione di natura quantitativa (OFFERTA TEMPORALE): 10 punti massimi*”).

11.6.3. Tuttavia, ciò non può comportare – come preteso dalla controinteressata e dal Comune – che l’offerta temporale, in quanto componente degli “elementi quantitativi” secondo le previsioni della *lex specialis*, sia aggregata all’offerta economica, e con essa considerata unitariamente, anche ai fini della verifica di anomalia. Depone in senso contrario il tenore letterale dell’art. 97, comma 3 - che distingue nettamente da un lato il “prezzo”, dall’altro “gli altri elementi di valutazione” -

pedissequamente richiamato dalla *lex specialis*, che non introduce sul punto alcuna disciplina specifica.

11.7. Avendo riguardo all'assetto sostanziale dell'andamento della gara, occorre tuttavia verificare se, come sostenuto dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, possa ricadersi in una fattispecie di cd. verifica facoltativa ai sensi del comma 6, ultima parte, 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”*), richiamato (e dunque fatto salvo) dal comma 3. Trattasi di una facoltà che in giurisprudenza si qualifica come oggetto di una potestà ampiamente discrezionale e che prescinde *“dall'uso di particolari forme sacramentali”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 luglio 2020, n. 8740), salva la necessità della *“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. Ciò in quanto l'indicazione di tale rilievo (che la legge richiede espressamente) è preordinato a coordinare ed orientare lo sviluppo del giudizio di anomalia, dal momento che l'individuazione degli “elementi specifici” guiderà le concorrenti alla stesura dei necessari chiarimenti, apprestando così un contrappeso – in una corretta logica di bilanciamento delle esigenze di celerità nell'aggiudicazione e di tipicità dell'esercizio del potere – alla pur lata discrezionalità che la S.A. possiede nella decisione di procedere a tale verifica”* (cfr. la già richiamata T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 luglio 2020, n. 8740).

11.7.1. In proposito si richiama il formante giurisprudenziale che ha chiarito che *“la scelta, espressione di discrezionalità quanto mai ampia, di sottoporre o meno a verifica facoltativa di anomalia l'offerta è sindacabile solamente in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, né richiede motivazione”* (Consiglio di Stato sez. V, 6 settembre 2018, n. 5231); questa stessa Sezione ha avuto modo di affermare che *“a differenza della verifica “obbligatoria”, quella cd. facoltativa è caratterizzata da una più ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che si*

estende anche all'an della verifica stessa" (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 13 luglio 2020, n. 865).

11.7.2. Riguardando in quest'ottica la richiesta di giustificazioni, così come formulata dal R.U.P., e prescindendo dal mero formalistico riferimento al richiamo normativo operato, ritiene il Collegio che essa possa essere qualificata come un'ipotesi in cui la stazione appaltante ha inteso attivare – pur senza esplicitamente dichiararlo - una verifica di anomalia facoltativa, richiamando in proposito elementi specifici tali da far ritenere l'opportunità di procedere alla suddetta verifica, rappresentati dalla circostanza che sia l'offerta quantitativa (tempo-prezzo) sia l'offerta qualitativa (miglioria tecnica) hanno raggiunto punteggi nettamente elevati. Tale scelta non risulta irragionevole, potendo ben sorgere 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, *ex se*, da far scattare una verifica obbligatoria).

12. Occorre dunque analizzare il terzo mezzo, con il quale la ricorrente sostiene che, in ogni caso, la propria offerta sarebbe risultata congrua, confutando punto per punto le motivazioni contenute nel verbale/-OMISSIS-del RUP di verifica dell'anomalia.

12.1. Anche tale motivo non può essere accolto.

12.2. Premesso che, secondo condivisi approdi giurisprudenziali, nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale (Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755; id., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514), ritiene il Collegio che le valutazioni dell'amministrazione siano immuni da irragionevolezza manifesta atteso che:

a) per quanto concerne i costi della manodopera - in disparte l'incongruenza fra le informazioni contenute nel par. 11 "Dettaglio del monte ore lavorativo"

della Relazione giustificativa che fanno riferimento ad un costo medio di euro 25, e quanto indicato nelle analisi prezzi (da cui emerge un costo medio di euro 25,88, coerente con le tabelle ministeriali) e prescindendo anche dalle modalità di composizione della “squadra tipo” – assume rilievo il mancato computo:

i) delle spese di *“guardiania del cantiere H24 a mezzo di personale qualificato in contatto con il Direttore di Cantiere”* (cfr. pag. 8 della Relazione Tecnica relativa al sub-elemento A.3 *“Gestione del Cantiere ed interferenze”*) che, ove computate, determinerebbero una significativa lievitazione dei costi. Le argomentazioni della ricorrente secondo le quali l’attività di sorveglianza sarebbe destinata a svolgersi esclusivamente negli orari di chiusura del cantiere (*“poiché, durante gli orari di lavoro, l’area fissa di cantiere (ove in generale vengono stoccati i materiali e trovano collocazione le baraccature dei tecnici e della DD.LL.) viene continuamente frequentata dalle maestranze impegnate nello svolgimento dell’opera e quindi risulta automaticamente sorvegliata”*) e sarebbe affidata a specifici istituti di vigilanza privati e non alle maestranze in forza all’impresa non trova riscontro nella documentazione di gara né nelle giustificiche, non risultando indicati i capitoli di spesa in cui sono stati allocati i costi relativi alle attività di vigilanza; si rammenta inoltre che la giurisprudenza ha chiarito che *“il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l’onere di rendere puntualmente edotta l’amministrazione dell’effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell’offerta”* (Consiglio di Stato sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500);

ii) degli 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;

b) i costi aziendali per la sicurezza non sono stati specificamente giustificati; al punto 9 della relazione giustificativa la ricorrente si è limitata ad affermare che l’importo degli oneri di sicurezza aziendali dichiarati, pari ad euro 12 mila, in quanto calcolato sulla base del Documento n. -OMISSIS- *“Verifica di congruità*

degli Oneri Aziendali della sicurezza nei Contratti di Lavori Pubblici? (adottato dal Consiglio Direttivo di ITACA nella seduta del 18 dicembre 2014, dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 18 febbraio 2015 ed approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 19 febbraio 2015) risulta congruo per definizione e pertanto non necessita di alcuna verifica da parte della stazione appaltante. Tale argomentazione non convince. Come emerge dalla stessa prospettazione della ricorrente (*“la verifica di congruità degli oneri della sicurezza viene svolta dalle Stazioni Appaltanti tramite la seguente formula”*) la metodologia di calcolo proposta, a carattere astratto e presuntivo, può ben essere utilizzata dalle amministrazioni per la stima dei costi di sicurezza ovvero per la verifica di congruità dei costi stessi, ma non esime il concorrente dall’indicazione puntuale nelle giustifiche degli oneri aziendali di sicurezza cui l’impresa deve assolvere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell’esecuzione dell’appalto, parametrati alla specificità dell’organizzazione produttiva dell’impresa e alla tipologia di offerta presentata. Occorre infatti necessariamente distinguere, nelle procedure di evidenza pubblica, gli oneri di sicurezza per le interferenze, la cui misura va predeterminata dalla stazione appaltante (come avvenuto nel caso di specie, mediante l’indicazione di oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) dagli oneri di sicurezza da rischio specifico, cd. interni o aziendali, la cui quantificazione spetta necessariamente ad ogni concorrente in rapporto alla sua offerta economica. Il rilievo nevralgico di tali costi nel contesto dell’offerta presentata, la cui necessaria indicazione *“risponde, pertanto, all’esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 31 Cost.), così come la altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro per il profilo relativo alla giusta retribuzione (art. 36 Cost)”* (Consiglio di Stato sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306), induce a ritenere del tutto opaco ed insufficiente – 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. In proposito è stato condivisibilmente affermato, con riferimento ad una ipotesi di predeterminazione degli oneri di sicurezza aziendale da parte di una stazione appaltante, che tale sistema è *“elusivo dell’obbligo imposto dalla legge statale di verificare la congruità effettiva dell’offerta di ogni singolo partecipante, la quale deve riguardare i fattori che incidono sulle condizioni di lavoro ossia gli oneri di sicurezza aziendali. La predeterminazione effettuata unilateralmente dalla stazione appaltante in modo generale ed astratto per ogni concorrente, si pone in contrasto con lo stesso concetto di onere aziendale, collegato alle specifiche caratteristiche di ogni singolo operatore economico, effettuando in definitiva una indebita commistione con i diversi oneri di sicurezza per le interferenze”* (T.A.R. Umbria, sez. 1, 22 gennaio 2018, n. 56). Tali considerazioni valgono a maggior ragione ove si consideri che il computo in tal modo effettuato dalla ricorrente, in quanto agganciato quale base di calcolo alle spese generali (peraltro nel modello “ITACA” quantificate in una percentuale, compresa fra il 13 e il 17% del costo dell’appalto, ben più ampia di quella indicata dalla ricorrente, ragguagliata al 7%), finisce per risentire delle incongruenze nella stima di queste ultime delle quali appresso si dirà;

c) con riguardo all’ammontare delle spese generali, se è vero che *“la quantificazione della voce “spese generali” è fisiologicamente mutevole (essendo inscindibilmente legata alla singola, peculiare realtà produttiva), tanto che la giurisprudenza ha chiarito come non viga una regola contabile o giuridica in base alla quale per ogni contratto stipulato deve necessariamente trovare capienza una quota di spese generali non attinenti allo specifico contratto, potendo il riparto degli oneri generali avvenire in modo diverso tra contratto e contratto”* (T.A.R. Veneto, sez. I, n. 659 del 2019), non si ravvisano tuttavia profili di illogicità nella valutazione della stazione appaltante che ha ritenuto tali spese (fissate nel 7%, con un ribasso del 50%) determinate in misura non congrua in ragione della sottostima dei 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 del mancato computo di altre tipologie di costi, quale quello del rimborso delle spese di pubblicità. Tanto *a fortiori* ove si consideri che la ricorrente, nel giustificare la mancata inclusione dei costi relativi alle migliorie offerte per il sub-elemento A.3 della Relazione Tecnica nel computo metrico estimativo, sostiene che tali spese dovrebbero ritenersi 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”*.

13. Infondate sono anche le deduzioni 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.

13.1. Su un piano generale va osservato che l'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 affida la gestione del subprocedimento di anomalia alla *“stazione appaltante”*, senza ulteriori specificazioni. Inoltre, l'art. 31 d.lgs. n. 50 del 2016, oltre a indicare alcuni specifici compiti del RUP, delinea la sua competenza in termini residuali precisando che *«quest'ultimo, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti»*. Tra i compiti espressamente attribuiti alla Commissione giudicatrice di cui all'art. 77 non figura la verifica dell'anomalia dell'offerta. La giurisprudenza ha ripetutamente affermato il principio per cui nelle gare di appalto spetta al RUP, quale *dominus* della gara, la competenza nel sub-procedimento di verifica di anomalia: *“è, in effetti, fisiologico che sia il RUP, in tale fase, ad intervenire con la propria funzione di verifica e supervisione sull'operato della commissione aggiudicatrice, in ordine alle offerte sospette di anomalia: del resto, ben diverse sono le valutazioni da compiersi nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, rispetto a quelle compiute dalla commissione in sede di esame delle offerte. Invero, mentre la commissione deve soprattutto esprimere un giudizio sulla qualità dell'offerta, concentrando la propria attenzione sui suoi elementi tecnici, invece il giudizio di anomalia si concentra sull'offerta economica e, segnatamente, su una o più voci di prezzo considerate non in linea con i valori*

di mercato o, comunque, con i prezzi ragionevolmente sostenibili. Inoltre, mentre la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti è compiuta dalla commissione aggiudicatrice su base comparativa, dovendo i punteggi essere attribuiti attraverso la ponderazione di ciascun elemento dell'offerta, al contrario il giudizio di congruità o non congruità di un'offerta economica è formulato in assoluto, avendo riguardo all'affidabilità dei prezzi praticati ex se considerati? (Consiglio di Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1371).

In tal senso vanno lette anche le linee guida ANAC n. 3 (*'Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni'*) che prescrivono che: a) nel caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, il RUP si occupi direttamente della verifica di anomalia (potendo, peraltro, affidarsi, in caso di valutazioni particolarmente complesse, alla struttura di supporto o alla speciale commissione istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9); b) nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica di anomalia *"è svolta dal RUP con il supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice"*. Come è stato precisato in giurisprudenza, tale disposizione conferma la competenza in capo al RUP delle valutazioni di anomalia di offerta; contemporaneamente *"il riferimento al "supporto" da parte della commissione esaminatrice nella valutazione di anomalia contenuto nelle linee Guida ANAC palesa, quindi, l'esigenza che il RUP, prima di assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere, se pure, non vincolante, della commissione"* (Consiglio di Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1371).

13.2. Coerentemente con tale impianto, anche le disposizioni della *lex specialis*, ferma la competenza del RUP in ordine al sub-procedimento di verifica di anomalia, richiamano un ruolo di supporto della commissione; in particolare, l'art. 24 prevede che *"Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente"*

basse...Il RUP, con il supporto della commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente").

13.3. Ne consegue che, nella gara per cui è causa, la verifica di anomalia rientrava, secondo le regole generali, nelle competenze del RUP e che la mancata attivazione del ruolo integrativo e di supporto affidato alla commissione non concreta un vizio di incompetenza ma - al più - una lacuna di carattere procedimentale per la quale soccorre il principio dell'irrilevanza delle illegittimità non invalidanti di cui all'articolo 21-*octies* della l. 241 del 1990, anche in considerazione del fatto che la ricorrente non ha 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.

14. Analogamente da rigettare sono le censure con cui parte ricorrente deduce la violazione del procedimento di verifica di anomalia per difetto di contraddittorio procedimentale.

14.1. Al riguardo si osserva che l'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 ha previsto che *"la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni"*, eliminando dunque l'obbligo di contraddittorio orale, previsto dal previgente art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006 e individuando una struttura monofasica e semplificata del procedimento. Nella sostanza, 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 (cfr. Delibera n 338 del 28 Marzo 2018, richiamata anche nelle premesse del provvedimento impugnato) e dalla giurisprudenza amministrativa, che ha chiarito che *"l'art. 97 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo codice) non contiene più le rigide scansioni temporali dettate dal previgente art. 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. vecchio codice): il comma 5 dell'art. 97 descrive ormai un procedimento semplificato, "monofasico" in luogo del procedimento "trifasico" (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente*

art. 87 citato; nondimeno è stato precisato che ben può accadere in concreto che, ricevuti i primi giustificativi, l'amministrazione non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e decida per questo di avanzare ulteriori richieste all'operatore economico ovvero di fissare un incontro per ricevere spiegazioni e chiarimenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690, in cui efficacemente si afferma: "Ma è altresì vero che nel normare il procedimento unitario di cui trattasi l'art. 97 non prende in esame il caso in cui la commissione di gara, nel procedimento in esame (obbligatorio o discrezionale che sia) avanzi ulteriori richieste, evenienza che l'art. 97 non regola e, quindi, non esclude.", nonché, più oltre "deve concludersi che la possibilità di avanzare altre richieste istruttorie non costituisce altro che una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente che imprime il relativo procedimento" (Consiglio di Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 911).

14.2. In tale contesto, la previsione dell'art. 24 del bando, secondo cui *"il RUP richiede per iscritto al concorrente la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale. A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta. 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"* deve essere interpretata, in coerenza con le disposizioni generali, quale previsione che facoltizza un'articolazione più complessa del sub-procedimento di verifica dell'anomalia senza tuttavia imporla e rendere per ciò solo illegittima l'omessa richiesta di ulteriori giustifiche.

15. Da respingere è anche la quarta censura (erroneamente rubricata in ricorso come quinta), secondo la quale, in ogni caso, l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato a -OMISSIS-, che ha 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'aggiudicatario.

16. Procedendo all'esame dei motivi aggiunti proposti dalla -OMISSIS-, vanno preliminarmente scrutinate le eccezioni sollevate della controinteressata, che sono infondate e vanno respinte.

16.1. Non sussiste la dedotta tardività atteso che la ricorrente ha avuto modo di conoscere l'offerta tecnica dell'aggiudicataria (in esito all'accesso effettuato) in data il 17 settembre 2020, ed è a tale data che occorre far riferimento per determinare il *dies a quo* del termine di decadenza; ne discende che i motivi aggiunti, notificati il 17 ottobre 2020, devono considerarsi tempestivi.

16.2. Infondata è anche l'eccezione di carenza di interesse. La giurisprudenza amministrativa ha da tempo elaborato (con il conforto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, cfr. sentenza 21 dicembre 2016 nella causa C-355/15 Caverion Osterreich e sentenza 11 maggio 2017 nella causa C-131/16 Archus) l'orientamento per il quale l'operatore economico che abbia presentato offerta e sia stato escluso dalla gara è legittimato ad impugnare gli atti successivi alla sua esclusione, ivi compresa l'aggiudicazione, fino a quando il provvedimento di esclusione non sia divenuto definitivo (Consiglio di Stato, sez. V, 03 novembre 2020, n. 6788) precisando che *“nel caso di proposizione del ricorso avverso la propria esclusione, l'impresa concorrente è soggetto non definitivamente escluso dalla procedura per tutta la durata del giudizio poiché tale condizione dipende dall'esito dello stesso, e, comunque, fino al passaggio in giudicato della sentenza che abbia respinto il ricorso”* (Consiglio di Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7386).

16.3. Nel merito, la -OMISSIS- deduce che:

a) la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa in quanto ha violato il divieto di commistione fra offerta tecnica ed offerta economica, con ciò compromettendo la segretezza dell'offerta economica e condizionando le scelte della Commissione. In particolare, nel corpo della “Relazione Illustrativa Offerta Migliorativa” è stata inserita la scheda tecnica della “Caditoia a bocca di lupo tipo PAM”, in cui, oltre alle caratteristiche tecniche, è leggibile nell'ultima colonna il prezzo unitario dell'elemento; inoltre, nelle schede tecniche allegate alla relazione sono indicati i costi relativi a: “Caditoia

a bocca di lupo tipo PAM” (€ 650/cad); “Fontanine tipo Milano” (€ 866/cad); “Portabicicletta tipo Spiral 5_7 posti” (€ 712/cad); “Transenna tipo ONDA” (€ 240/cad); “Posa in opera tubazione smaltimento acque meteoriche tipo TECH3 in polipropilene” (€ 2.83/ml). Tali elementi di costo, moltiplicati per le quantità indicate, conducono all’individuazione della somma complessiva di € 44.079,30 che rappresenta più del 10% del prezzo offerto in sede di gara dall’aggiudicataria (pari ad € 427.253,88) con conseguente necessità di sua esclusione anche in applicazione della legge di gara (art. 23 del disciplinare), che esplicitamente prevedeva che *“in qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la commissione provvede a comunicare, tempestivamente al RUP che procederà, sempre, ai sensi dell’art. 76, comma 5, lett. b) del Codice, i casi di esclusione da disporre per: - mancata separazione dell’offerta economica dall’offerta tecnica, ovvero l’inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B”*;

b) con riferimento al sub-criterio valutativo A.1 (*“Migliorie qualitative, funzionali e prestazionali dei materiali e delle lavorazioni di sostenibilità organizzativa, gestionale ai fini tecnico-qualitativi”*), la -OMISSIS- ha indicato come miglioria l’utilizzo, per “profilati, recinzioni, ringhiere”, del tipo di acciaio “B450C”, avente maggiori resistenze nominali, in realtà già previsto nel progetto a base di gara per le opere in calcestruzzo. In tal modo da un lato ha fatto figurare come miglioria ciò che non lo era (non rispondendo al vero, come invece indicato nei documenti tecnici prodotti dalla controinteressata, che l’acciaio a base di gara fosse del tipo “B350C”) fuorviando il giudizio della commissione e determinando conseguentemente un’erronea valutazione dell’offerta tecnica; dall’altro ha offerto una miglioria tecnicamente non realizzabile poiché l’acciaio B450C riguarda le sole opere in calcestruzzo armato che nulla hanno a che vedere con l’acciaio da carpenteria metallica, con cui invece vengono realizzati i profilati, le recinzioni e le ringhiere.

16.4. Le censure non meritano condivisione.

16.5. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il divieto di commistione costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, *sub specie* di trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti. Ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612; Id., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335).

16.6. Nel caso di specie, l'esame della documentazione tecnica prodotta dalla controinteressata evidenzia che si versa 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 il quale, proprio alla luce della *ratio* che lo ispira, non va inteso in senso assoluto e meramente formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i mezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano cioè in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica ovvero consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609).

16.7. *Ad abundantiam* si osserva che il punteggio ottenuto dalla -OMISSIS-per l'offerta tecnica (pari a 73,81), pur lusinghiero, risulta ampiamente inferiore a

quello realizzato dalla ricorrente; ciò, se non può condurre ad affermare senza dubbio “*la prova della totale mancanza di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione*” (come ritenuto dalla giurisprudenza in una ipotesi in cui alla concorrente era stato attribuito un punteggio pari a zero per il criterio di valutazione oggetto di contenzioso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2019, n. 4342), rappresenta quanto meno un indizio in tal senso.

16.8. Non meritevole di pregio è anche la seconda censura concernente la tipologia di acciaio offerta dalla controinteressata. In disparte la questione della carenza di interesse della ricorrente (che per il sub-criterio in questione, così come per l’offerta tecnica nel suo complesso, ha conseguito un punteggio più elevato rispetto alla -OMISSIS-e che pertanto alcuna utilità potrebbe ricavare da un’eventuale revisione dei punteggi), non vi è prova che tale specifico profilo abbia originato la favorevole valutazione conseguita dall’aggiudicataria, tenuto conto della natura complessiva e globale del punteggio attribuito per il sub-elemento A1 (riferito alle “*Migliorie qualitative, funzionali e prestazionali dei materiali e delle lavorazioni di sostenibilità organizzativa, gestionale ai fini tecnico-qualitativi*”) e delle numerose migliorie offerte dalla controinteressata per il medesimo criterio.

17. Con il secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente lamenta l’incongruità degli oneri aziendali per la sicurezza, quantificati dalla controinteressata in € 1.912,03, del tutto incongrui rispetto all’entità dei lavori a farsi sulla base della già richiamata formula riportata nel Documento n. -OMISSIS-“*Verifica di congruità degli Oneri Aziendali della sicurezza nei Contratti di Lavori Pubblici*”, adottato dal Consiglio Direttivo di ITACA; risulta inoltre oltremodo paradossale che siano stati invece ritenuti incongrui i costi aziendali della sicurezza dichiarati dalla ricorrente, pari ad euro 12.000,00.

17.1. Anche tali censure non possono essere accolte.

17.2. In proposito si considera che:

a) gli oneri di sicurezza aziendale “*variano da un’impresa all’altra e sono influenzati nel loro ammontare dall’organizzazione produttiva e dal tipo di offerta*” (Consiglio di

Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306), ed inoltre che “la relativa congruità, riferita alla singola realtà aziendale, non può essere desunta dagli importi offerti dagli altri partecipanti alla procedura di gara” (Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4308), per cui non è possibile procedere a valutazioni di congruità/incongruità degli stessi né ricorrendo ad un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, poiché occorre aver riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata e alle specifiche caratteristiche dell'impresa e della sua organizzazione aziendale, nè basandosi esclusivamente su formule matematiche;

b) più a monte *“in caso di offerta non sospettata di anomalia, la stazione appaltante non è tenuta ad effettuare la verifica di congruità e può arrestarsi, giusta la previsione dell'art. 95, comma 10, secondo periodo, d.lgs. n. 50 cit., alla sola verifica del rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali?”* (Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2020 n. 1818, che ha ritenuto che la stazione appaltante non fosse tenuta alla verifica di congruità degli oneri per la sicurezza aziendale indicati dall'aggiudicataria in assenza delle condizioni per procedere alla verifica di anomalia dell'offerta previste dall'art. 97, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Nel caso di specie in ordine all'offerta della -OMISSIS-non sussistevano le condizioni per procedere alla verifica di anomalia dell'offerta ex art. 97, comma 3, né la stazione appaltante ha ravvisato, nell'esercizio della discrezionalità che le compete, elementi specifici tali da indurla ad attivare una verifica c.d. facoltativa di anomalia.

18. In *limine litis*, si osserva che la richiesta della ricorrente volta all'acquisizione in via istruttoria della documentazione amministrativa prodotta in gara dalla controinteressata non può essere accolta, non avendo specifica attinenza con alcuna delle censure formulate e tenuto conto che l'ordinamento predispose altri rimedi (quale l'accesso cd. incidentale ex art. 116 c.p.a.) per azionare esigenze ostensive non soddisfatte in sede procedimentale, nella specie non attivati.

19. In conclusione il ricorso principale e i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

19.1. Il Collegio ravvisa giusti motivi, in ragione della complessità delle questioni trattate, per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Saporito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.