



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4350 del 2020, proposto dalla Multi.Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

il Comune di Leporano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe A. Fanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Energeticambiente s.r.l. non costituitasi in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

della società Impregico s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, n. 494 del 2020.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Leporano;

Visto l'atto di intervento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 – tenutasi in videoconferenza da remoto – il consigliere Silvia Martino e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Giuseppe A. Fanelli e Vito Aurelio Pappalepore ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al TAR per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, la società appellante impugnava la determinazione del Comune di Leporano n. 27 del 24 gennaio 2020, con la quale ne era stata disposta l'esclusione dalla procedura di gara aperta per l'appalto dei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti urbani e complementari nel Comune di Leporano, per la durata di anni due.

In particolare rappresentava che, con verbale di gara n. 8 del 26 settembre 2019 la Commissione giudicatrice aveva formulato la proposta di aggiudicazione nei propri confronti per aver riportato il miglior punteggio pari a 81,83.

Sennonché, successivamente alla formulazione della proposta di aggiudicazione, il RUP aveva rappresentato elementi tali da indurre l'avvio del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

In particolare, venivano chieste giustificazioni in ordine al costo del personale, il quale sarebbe stato determinato in contrasto con l'obbligo di rispetto dei minimi salariali stabiliti dal vigente C.C.N.L. di settore.

Ritenute insufficienti le giustificazioni presentate dall'impresa per le motivazioni espresse nel verbale di verifica dell'anomalia del 17 febbraio 2020, il RUP aveva quindi adottato l'impugnata determinazione di esclusione.

In particolare, la società deduceva, con unico complesso mezzo di gravame:

I. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ E PERPLESSITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DI CONTRADDITTORIO E DI MOTIVAZIONE.

Il RUP aveva supportato il giudizio di incongruità con ragioni che invece non erano state in alcun modo esplicitate nel verbale del 17 febbraio 2020, sottoscritto dallo stesso RUP e dalla Commissione.

Dalla lettura del verbale in esame, invero, avrebbe potuto evincersi come la Commissione avesse condiviso il giudizio di incongruità solo con riguardo alla circostanza che l'onerosità del contratto di avvalimento determinerebbe un'offerta in perdita. Al contrario, le modifiche alle singole voci di costo operate dalla ricorrente in sede di giustificazioni avrebbero trovato il vaglio favorevole della Commissione giudicatrice, la quale le avrebbe espressamente qualificate come ammissibili "compensazioni tra sovrastime e sottostime".

Anche la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato l'ammissibilità di "giustificazioni sopravvenute" e di "compensazioni tra sottostime e sovrastime" purché nel complesso l'offerta risulti affidabile.

Tali aggiustamenti, inoltre, possono riguardare anche il costo della manodopera

Relativamente alla contestata insostenibilità dell'offerta a causa degli oneri derivanti dal contratto di avvalimento, la società metteva poi in luce che tale aspetto non rientrava tra quelli per cui il RUP aveva chiesto spiegazioni all'impresa.

Il giudizio finale di inattendibilità dell'offerta, come pure il conseguente provvedimento di esclusione, avrebbe quindi dovuto essere preceduti da una più approfondita istruttoria in contraddittorio con l'impresa.

Sarebbe in particolare sfuggito al RUP che il contratto di avvalimento non prevede solo un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, bensì anche, quale controprestazione, l'obbligo di quest'ultima di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata una molteplicità di mezzi, risorse e strumentazioni ai fini dell'esecuzione dell'appalto, analiticamente indicati negli atti allegati allo stesso contratto di avvalimento.

Il giudizio di anomalia sarebbe stato quindi espresso sull'erroneo presupposto che i costi del contratto di avvalimento vadano ad aggiungersi a quelli indicati nelle giustificazioni dell'impresa, laddove invece la possibilità dell'ausiliata di disporre dei mezzi, delle risorse e delle strumentazioni previste nel contratto di avvalimento consentirà all'impresa aggiudicataria di conseguire significativi risparmi di spesa rispetto ai costi per mezzi, risorse e strumentazioni rappresentati nelle giustificazioni

In sostanza, non sarebbero state considerate le molteplici opportunità di risparmio derivanti dal contratto di avvalimento

2. Nella resistenza del Comune di Leporano, il TAR rigettava il ricorso, con dovizia di argomentazioni, e compensava le spese.

3. La società, rimasta soccombente, ha interposto appello alla stregua dei seguenti motivi.

I. Erroneità della decisione di prime cure nella misura in cui il TAR ha omesso l'esame delle doglianze spiegate dalla odierna appellante e, al contempo, non ha fatto corretta applicazione dei principi vigenti in materia di anomalia dell'offerta. Violazione dell'art. 97 del D.Lgs. 50/2016. Contraddittorietà della decisione.

Il TAR avrebbe mancato di considerare che l'offerta della Multi.Servizi è stata qualificata come in perdita solo in quanto la s.a. non ha dato ingresso alla considerazione delle economie e delle sovrastime evidenziate dall'esponente, qualificandole come inammissibili rimaneggiamenti dell'offerta.

Nella relazione giustificativa l'azienda aveva tuttavia spiegato che i *“pochi adeguamenti sono frutto delle migliori condizioni economiche, che nel frattempo, l'azienda è in grado di assicurarsi, ma limitatamente ai soli costi di gestione ed acquisto beni di consumo...”*

Quelle operate sarebbero dunque “compensazioni” del tutto ammissibili e non certo stravolgimenti dell'offerta tecnica ed economica, derivanti da migliori condizioni economiche che, nel frattempo, l'azienda è in grado di assicurarsi e quindi da economie sopravvenute.

Nemmeno sarebbe corretta l'enfasi posta dal TAR in merito alla rilevante riduzione dell'utile di impresa, pari a circa il 66% di quello originario, essendo noto che le compensazioni delle sottostime possono incidere finanche sull'utile esposto.

L'appellante ha ribadito inoltre che a, suo dire, la Commissione giudicatrice aveva valutato positivamente siffatte compensazioni, sebbene poi avesse contraddittoriamente motivato il giudizio di congruità in forza della sola circostanza, mai discussa o verificata prima di allora (si legge nel verbale del 17 gennaio, pag. 2, *“la Commissione ne prende atto oggi?”*), della incidenza sull'utile del costo dell'avvalimento

Il TAR avrebbe quindi omesso di esaminare i vantaggi economici che la Multi.Servizi avrebbe conseguito dall'avvalimento, ampiamente dedotti innanzi al primo giudice, ancorché non illustrati nel procedimento di verifica di congruità, a causa della carenza di contraddittorio su tale profilo.

Al riguardo, la società ha ribadito che la possibilità di disporre dei mezzi, delle risorse e delle strumentazioni previste nel contratto di avvalimento, le avrebbe consentito di conseguire significativi risparmi di spesa rispetto ai costi per mezzi, risorse e strumentazioni rappresentati da Multi.Servizi nelle giustificazioni.

La società ha sottolineato, altresì, che la propria offerta prevede un ribasso estremamente contenuto (1,35%), sicché, a monte, non potrebbe risultare affetta da seri rischi di squilibri o di inaffidabilità.

Ha poi nuovamente evidenziato l'esistenza di economie connesse ai costi di gestione per alcuni mezzi di proprietà i quali, proprio in virtù del contratto di avvalimento (e degli obblighi ivi previsti a carico dell'ausiliaria), potranno (avrebbero potuto) essere abbattuti;

II Erroneità della decisione di prime cure nella misura in cui ha radicalmente omesso di sanzionare la manifesta violazione dei principi basilari del giusto procedimento e del pieno contraddittorio.

Parimenti errata sarebbe poi la decisione gravata nella misura in cui il TAR ha radicalmente omesso di esaminare la censura relativa alla manifesta violazione delle regole proprie del giusto procedimento e del contraddittorio sostanziale.

Al riguardo, sarebbe rilevante il fatto che le motivazioni riportate nella sanzione espulsiva non coincidono con l'oggetto dei rilievi mossi con l'unica richiesta di giustificazioni avanzata dalla Committente con la nota del 16

dicembre 2019, relativa al costo della manodopera

Il provvedimento di esclusione, accanto alle pretese criticità inerenti alle compensazioni operate da Multi.Servizi in sede di giustificazioni, introdurrebbe infatti un elemento del tutto nuovo (i.e. costo del contratto di avvalimento), sul quale Multi. Servizi non ha mai avuto modo di contraddire.

Alla società non sarebbe stata dunque data la possibilità di dare riscontro, anche in sede orale, alle perplessità nutrite dal RUP (ed eventualmente dalla Commissione) su quanto illustrato nella Relazione giustificativa.

Al riguardo, era peraltro la stessa legge di gara a prevedere la reiterazione della richiesta di osservazioni (cfr. disciplinare pag. 30).

Nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia vale infatti il principio comunitario del pieno contraddittorio successivo alla presentazione delle offerte, oggi codificato dall'art. 69 della Direttiva 2014/24, secondo cui la partecipazione al procedimento consente alla stazione appaltante di ottenere ogni utile chiarimento in ordine al contenuto della documentazione prodotta.

Ciò vale anche per le gare governate dall'applicazione del nuovo Codice approvato con d.lgs. 50/2016, laddove la struttura apparentemente monofasica del contraddittorio (giustificazioni - chiarimenti) e non trifasica (giustificazioni - chiarimenti - contraddittorio) va letta in conformità ai suesposti principi.

3. L'impresa, infine, ha riproposto la domanda risarcitoria sia in forma specifica che per equivalente.

4. Si è costituito per resistere il Comune di Leporano, articolando le proprie difese con dovizia di argomentazioni.

5. E' intervenuta *ad opponendum* la società Impregico, terza classificata nella gara di cui trattasi, evidenziando che il proprio contro - interesse si è concretizzato nelle more del giudizio in quanto la stazione appaltante ha escluso dalla gara anche la seconda classificata.

6. La società appellante ha depositato un'ulteriore memoria.

7. L'appello, infine, è stato assunto in decisione alla pubblica udienza del 16 luglio 2020 ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020.

8. In via preliminare, va dato atto che l'istanza cautelare resta assorbita dalla presente pronuncia di merito.

9. Sempre in via preliminare, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum*, articolata dall'appellante nella memoria del 14 luglio 2020.

L'eccezione si fonda sul fatto che la società interveniente non sarebbe, o non sarebbe ancora, titolare di una posizione qualificata e differenziata, tale da conferirle idonea legittimazione a partecipare al presente giudizio.

Tuttavia, nel processo amministrativo, l'intervento "*ad opponendum*" a supporto della legittimità del provvedimento impugnato può essere giustificato anche dalla titolarità di un interesse di fatto che consenta alla parte di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dalla reiezione del ricorso (Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2020, n. 573).

Viceversa è l'intervento *ad opponendum*, rispetto all'appello dell'amministrazione o del controinteressato, a non poter essere ammesso, in quanto è esattamente speculare ad un non consentito intervento *ad adiuvandum* in primo grado per il soggetto titolare di posizione autonoma (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2019, n.5985; id., Adunanza plenaria, 28 gennaio 2015, n.1).

10. Ciò posto, nel merito, l'appello è infondato e deve essere respinto.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

11. In primo luogo, per una migliore comprensione dei fatti di causa, giova riportare i passaggi più significativi del provvedimento impugnato.

In particolare, secondo il RUP, le giustificazioni presentate dall'impresa "si sostanziano in una complessiva rideterminazione del Piano Economico Finanziario precedentemente asseverato da Istituto di Credito all'uopo autorizzato e già prodotto quale documento obbligatorio a corredo dell'offerta economica, pena l'automatica esclusione dalla gara, che consiste sinteticamente nel rimaneggiamento e ricalibrazione economica delle seguenti singole voci presenti nel Piano Economico Asseverato presentato in sede di gara:

1. Dichiarazione riguardante l'importo da destinare alla manodopera ammontante per il biennio ad euro 1.651.458,79 a fronte dell'originario costo quantificato in euro 1.470.553,87 (+180.904,92 euro pari ad un aumento di circa il 12,30%);
2. Dichiarazione riguardante l'importo da destinare alla gestione dei mezzi (fornitura carburante, olio e pneumatici – manutenzione ordinaria e straordinaria – costi di assicurazione e tasse) ammontante per il biennio ad euro 331.200,00 a fronte dell'originario costo quantificato in euro 380.400,00 (49.200,00 euro pari ad un decremento di circa il 12,93%);
3. Dichiarazione riguardante l'importo da destinare all'acquisto dei beni di consumo (fornitura buste e kit alla cittadinanza – fornitura buste per cestini stradali) ammontante per il biennio ad euro 52.016,00 a fronte dell'originario costo quantificato in euro 67.408,00 (-15.392,99 euro pari ad un decremento di circa il 22,83%);
4. Dichiarazione riguardante l'importo da destinare alle spese generali e alla disinfezione (quest'ultima costituiva una miglioria dell'offerta tecnico – economica formulata dalla ditta rispetto al progetto posto a base di gara) ammontante per il biennio ad euro 50.027,26 a fronte dell'originario costo quantificato in euro 119.252,50 (-69.225,24 euro pari ad un decremento di circa il 58,05%);
5. Dichiarazione riguardante l'utile di impresa ricalibrato nelle spiegazioni forfettariamente all'1% dei costi a fronte del precedente 3% previsto nell'originari offerta tecnico – economica proposta dalla Commissione giudicatrice quale aggiudicataria dell'appalto;
[...]

Dato atto che la stessa Multiservizi s.r.l. [...] ai fini dell'ammissione alla procedura di gara in oggetto ha fatto ricorso all'istituto dell'Avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. 50/2016 relativamente ai requisiti di capacità economico finanziaria ed ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui risulta carente [...] giusta Contratto di avvalimento [...] che prevede l'onere di corrispondere alla ditta ausiliaria un importo pari all'1,5% del canone di aggiudicazione;

Rilevato dalle spiegazioni e dichiarazioni fornite [...] che il rimaneggiamento e la ricalibrazione degli elementi costitutivi la originaria offerta tecnico – economica non sono di limitata entità [...]

Rilevato inoltre sempre in una logica sintetica e globale che i patti onerosi previsti dal Contratto di Avvalimento stipulato tra l'Ausiliata e l'Ausiliaria erodono completamente l'utile di impresa, dichiarato dalla stessa Ausiliata pari all'1% in sede di rimaneggiamento e ricalibrazione della originaria offerta, circostanza che costituisce formulazione di offerta in perdita determinando una perdita di esercizio e quindi ex se inattendibile;

Dato atto che il sottoscritto RUP [...] si è avvalso del supporto della Commissione Giudicatrice che, all'esito della relativa seduta congiunta e riservata tenuta in data 17 gennaio 2020, ha espresso il proprio parere collegiale e non vincolante attribuendo anch'essa alla stessa offerta carattere di anomalia, come da relativo Verbale [...];

Ritenuto per tutte le motivazioni sopra riportate che il sottoscritto RUP sia in possesso di tutti gli specifici elementi necessari alla conclusione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia [...] avviato [...] ai sensi dell'art. 97, comma 1, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 22 del Disciplinare di Gara, dichiarando la stessa offerta affetta da anomalia ed ex se inattendibile poiché formulata in perdita e determinando una perdita di esercizio non giustificata [...];

Dato atto che preliminarmente alla definitiva decisione il sottoscritto RUP ha anche debitamente comparato gli interessi coinvolti, tenendo sì conto che anche un utile molto modesto (nel nostro caso addirittura in perdita) può comportare per un operatore economico un vantaggio

significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa sia per la qualificazione, la pubblicità e il curriculum derivanti ma ritenendo infine quello della pubblica amministrazione superiore se rapportato alla tipologia di servizio oggetto di affidamento

che necessità di ampi margini a garanzia dell'efficienza atti ad evitare sulla collettività negativi riverberi di natura economica (vedasi aumenti di spese per conferimento in discarica di rifiuti "tali quali" e conseguenziale aumento del costo per Ecotassa Regionale) ed igienico – sanitari;

Dato atto altresì che il nuovo Piano Economico Finanziario presentato in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta ha modificato in maniera sostanziale il precedente oggetto di asseverazione bancaria e documento di gara obbligatorio a pena di esclusione [...]'.

12. Ciò posto, in primo luogo, non formano oggetto di contestazione le argomentazioni del TAR là dove ha ricordato che, per pacifica giurisprudenza amministrativa, in materia di giudizio di anomalia dell'offerta il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione solo sotto il profilo della logicità, ragionevolezza e adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

Il giudizio di anomalia dell'offerta è infatti connotato da ampi margini di discrezionalità e costituisce *“espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo, il cui sindacato è limitato solo al caso in cui le valutazioni della pubblica amministrazione siano inficiate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto”* (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772).

Allo stesso modo, il TAR ha condiviso, in astratto, l'assunto dell'odierna appellante secondo cui il giudizio sull'anomalia dell'offerta postula un apprezzamento globale sulla sua affidabilità e, nel contraddittorio procedimentale afferente al relativo segmento procedurale, sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica.

Tuttavia il primo giudice ha sottolineato anche che *“tale operazione non deve essere tale da determinare una modifica strutturale dell'originaria offerta economica, sì da alterarne l'originario equilibrio, diversamente verificandosi una violazione della par condicio competitorum, posto che il concorrente ammesso a giustificazioni si gioverebbe di una sostanziale modifica dell'originario piano economico-finanziario, al di fuori di qualsivoglia confronto competitivo con le altre imprese partecipanti alla gara”*.

In tal senso ha richiamato la consolidata giurisprudenza amministrativa secondo cui:

- l'entità dell'offerta economica deve restare ferma in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1449; id., 8 gennaio 2019, n. 171).
- le singole voci di costo possono essere modificate solo per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874; V, 26 giugno 2019, n. 4400; V, 10 ottobre 2017, n. 4680);
- non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione e al solo scopo di “far quadrare i conti” ossia per assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato ma siano superate le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (cfr. Cons. Stato, V, 22 maggio 2015, n. 2581; sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676; VI, 7 febbraio 2012, n. 636; VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

Occorre infatti tener conto che il sub procedimento di verifica dell'anomalia non ha quale obiettivo la riparametrazione dell'offerta alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla stazione appaltante, ma quello di verificare la serietà dell'offerta già formulata, pena la palese violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 389; V, 31 agosto 2017, n. 4146).

12.1 L'appellante ha tuttavia stigmatizzato il fatto che il TAR abbia avallato le conclusioni del RUP senza adeguatamente valutare le giustificazioni presentate, dalle quali si sarebbe potuto evincere che le modifiche

apportate alle varie voci di costo non erano meri “rimaneggiamenti” bensì “adeguamenti” frutto “delle migliori condizioni economiche che, nel frattempo, l’azienda è in grado di assicurarsi”.

Il TAR avrebbe in particolare omesso di esaminare i vantaggi economici che la società avrebbe conseguito grazie al contratto di avvalimento, in particolare per quanto riguarda i mezzi adibiti alla commessa, ed i relativi costi di gestione.

Inoltre, il ribasso offerto, estremamente contenuto, escluderebbe a monte l’esistenza di rischi di squilibri o di inaffidabilità.

12.2 Il Collegio rileva, in primo luogo, che in nessuna parte della Relazione giustificativa (prodotta dal Comune di Leporano in allegato 3 alla memoria di costituzione in appello), è dato rinvenire una reale spiegazione della rimodulazione delle voci di costo più significative dell’offerta, evidenziate dal RUP nel provvedimento impugnato.

In tale Relazione, è infatti possibile rinvenire solo formule di stile (cfr. in particolare le pagine 3, 5 e 17) le quali certamente non soddisfano le esigenze sottese al “*giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell’offerta*”, disciplinato dall’art. 97 del Codice dei contratti (cfr. il comma 1).

Al riguardo, deve convenirsi con il Comune che, di fatto, l’appellante ha radicalmente riallocato le risorse indicate nel P.E.F. presentato in gara, sottraendo fondi che dovevano migliorare il progetto per reintegrare la voce relativa al costo del personale, che era risultata inferiore ai minimi salariali inderogabili fissati dal C.C.N.L. di settore.

Inoltre, anche a volere ammettere che il suddetto Piano Economico Finanziario fosse solo uno strumento deputato a valutare la congruità dell’offerta, la sua rimodulazione, in ossequio alle regole di gara, avrebbe dovuto essere accompagnata, quantomeno, da una nuova asseverazione bancaria, oltre che da una chiara spiegazione delle circostanze sopravvenute che ne avevano determinato la modifica.

Al riguardo, risulta inattendibile l’argomentazione sviluppata in sede contenziosa circa le economie che sarebbero potute derivare dal contratto di avvalimento, ed in particolare dall’utilizzo dei mezzi messi a disposizione dall’ausiliaria.

In disparte il fatto che non è chiaro perché tali presunte economie non siano state considerate già in occasione dell’elaborazione dell’offerta e del PEF, è agevole rilevare che il contratto di avvalimento (depositato dall’appellante in primo grado) mentre all’art.5, par. 2, fissa il corrispettivo per l’avvalimento nell’1,5% “*dell’importo dei servizi al netto del ribasso e comprensivo di oneri di sicurezza*”, al par. 3 del medesimo articolo precisa che “*tutte le risorse contemplate nel contratto, nonché ogni altra eventuale risorsa materiale, immateriale o tecnica, fornita per l’esecuzione dell’appalto dall’impresa AUSILIARIA all’impresa AUSILLATA, anche per effetto di richieste della stazione appaltante, dovrà essere preventivamente oggetto di concordamento prestazioni e prezzi*”.

In sostanza, il corrispettivo pattuito dell’1,5% non ricomprende il costo - ulteriore - relativo all’utilizzo dei mezzi e risorse indicate nel contratto di avvalimento

E’ pertanto corretto il rilievo del TAR laddove, raffrontando l’utile “ricalibrato” all’1% con il costo per l’avvalimento, pari all’1,5% del canone di aggiudicazione, ha osservato che tale costo “*poteva avere una giustificazione economica allorquando l’utile era stato stimato nel 3%*” ma “*non ha alcuna giustificazione in presenza di un utile pari all’1%, e ciò a prescindere dai vantaggi economici che la ricorrente avrebbe conseguito dall’avvalimento*”.

13. Non vi è stata, poi, nessuna violazione di carattere procedimentale.

In primo luogo, è evidente che il RUP – le cui considerazioni si sono esplicitamente riportate – si è limitato a valutare obiettivamente le giustificazioni fornite dall’impresa, unitamente alla complessiva rimodulazione del P.E.F.

Nel fare ciò, si è peraltro premurato di consultare preventivamente la Commissione giudicatrice, così come previsto dalla *lex specialis*, in conformità alle Linee Guida n. 3/2016 dell'ANAC (recanti “*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*”), secondo cui “*Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo [...] la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice.*” (par. 5.3).

Nel caso di specie, va poi sottolineato che il RUP, a ben vedere, non si è nemmeno discostato dal parere della Commissione atteso che, quest'ultima - in disparte l'affermazione circa l'ammissibilità, in astratto, di “*compensazioni tra sottostime e sovrastime*” - ha comunque pur essa concluso come “*l'offerta abbia carattere di anomalia*”, rimettendo al RUP le definitive decisioni (così il verbale del 17 gennaio 2020).

13.1 Quanto, poi, alla pretesa violazione del principio del contraddittorio da parte del RUP, rileva il Collegio che l'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 non contiene più le rigide scansioni temporali dettate dal previgente art. 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Pertanto, nessuna disposizione normativa impone al responsabile del procedimento, che ha già richiesto spiegazioni, di assegnare un ulteriore termine al concorrente per integrare o chiarire le deduzioni presentate, né per una eventuale convocazione.

Infatti, il comma 5 del citato art. 97 descrive ormai un procedimento semplificato, “*monofasico*” in luogo del procedimento “*trifasico*” (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente art. 87 d.lgs. n. 163 del 2006.

E' peraltro evidente che la necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale si pone soltanto laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia “*per non poter, in particolare, o ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l'inadeguatezza complessiva dell'offerta*” (Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 690 del 28 gennaio 2019).

Nel caso di specie, il disciplinare di gara - come ricordato dalla stessa appellante - prevedeva appunto 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*”.

Ulteriore implicazione logica di tale previsione è tuttavia quella secondo cui, se il RUP è in grado di accertare l'anomalia dell'offerta (come avvenuto nel caso in esame) non ha necessità alcuna di una ulteriore interlocuzione procedimentale.

Né vi è alcuna anomalia nel fatto che le motivazioni dell'esclusione non coincidano con l'oggetto della richiesta di giustificazioni.

Ciò è dovuto semplicemente al fatto che la società, invece di controdedurre ai rilievi dei RUP (che, come si ricorderà, riguardavano il costo del lavoro, risultato inferiore ai minimi salariali inderogabili) ha provveduto a rimodulare questa e le altre voci di costo, senza premurarsi di fornire giustificazioni attendibili.

Nessun ulteriore contraddittorio era, pertanto, necessario.

14. In definitiva, per quanto testé argomentato, l'appello deve essere respinto, con conseguente integrale conferma della sentenza impugnata.

Il rigetto dei motivi di impugnazione comporta, di conseguenza, anche il rigetto della riproposta domanda di risarcimento del danno.

Le spese seguono la soccombenza nei rapporti tra l'appellante e il Comune di Leporano mentre ragioni di equità inducono a compensarle nei confronti della società Impregico intervenuta nel presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, n. 4350 del 2020, di cui in premessa, lo respinge.

Condanna la società appellante alla rifusione delle spese del presente grado di giudizio in favore del Comune di Leporano che liquida complessivamente in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre gli accessori di legge.

Compensa le spese nei confronti della società Impregico s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 – tenutasi in videoconferenza da remoto - con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO