

## E' illegittima l'omissione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta che superi le soglie di legge

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 9-11-2018

1. La procedura di verifica dell'anomalia non è soltanto uno strumento volto a consentire al potenziale aggiudicatario di fornire chiarimenti sulle ragioni che consentono all'impresa di operare a condizioni particolarmente favorevoli per l'Amministrazione.
2. Allo strumento di controllo interno della valutazione dell'anomalia si correla l'interesse delle altre imprese partecipanti alla procedura di gara, che abbiano presentato offerte in regola con la soglia di anomalia, ad attendersi sul punto un comportamento amministrativo delle stazioni appaltanti imparziale, aderente alla normativa e, quindi, coerente con detta speciale procedura di verifica, predisposta dall'ordinamento per simili fattispecie, comportamento che invece non può mai risolversi nella espressione di meri giudizi aprioristici, senza i dovuti riscontri.
3. Il confronto tra l'amministrazione e l'offerente, la cui offerta è sospetta di anomalia, rappresenta un momento imprescindibile, ai fini del rispetto dei principi comunitari e dell'evidenza pubblica che regolano la materia degli appalti pubblici. Motivo per cui è illegittima l'omissione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, laddove siano presenti e, per di più, riscontrati dalla stessa amministrazione tutti i presupposti di legge e di disciplinare per una sua doverosa attivazione (che non può invece essere ad libitum ritenuta "eventuale").

### GUIDA ALLA LETTURA

Per offerta anomala deve intendersi quell'offerta troppo bassa, rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, e che, in quanto tale, suscita un sospetto di scarsa serietà e denota l'indizio di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, ledendo in tal modo l'interesse pubblico dell'amministrazione, anche per l'inidoneità intrinseca ad assicurare all'offerente operatore economico un adeguato profitto<sup>[1]</sup>.

L'art. 97 del D.lgs. 50/2016 disciplina il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che è per l'appunto preordinato all'accertamento della serietà, sostenibilità e sostanziale affidabilità della proposta contrattuale formulata dal potenziale aggiudicatario, in maniera da evitare che l'appalto sia affidato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto.

Il comma 6 prevede, in particolare, che **la stazione appaltante "può" valutare la congruità di ogni offerta che appaia anormalmente bassa sulla base di elementi specifici.**

L'amministrazione dispone, quindi, di una **discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere alla verifica *facoltativa* della congruità dell'offerta**, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto<sup>[2]</sup>.

Diversamente, vi sono alcuni casi in cui il legislatore prevede una **presunzione di incongruità dell'offerta legata al superamento di una soglia di valore**, che è rappresentata, rispettivamente, dalla **media aritmetica dei ribassi**, nelle gare che si svolgono con il criterio del prezzo più basso (art. 97, comma 2, del D.lgs. 50/2016), e dai **quattro quinti dei punti massimi** previsti dal bando di gara con riferimento al prezzo e agli altri elementi di valutazione, laddove il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 97, comma 3, del D.lgs. 50/2016).

In tali ipotesi il Codice prevede che **la congruità delle offerte "è valutata" dalla Stazione appaltante, richiamando l'imperatività dell'azione e, quindi, l'obbligatorietà della procedura di verifica dell'anomalia, che non è soltanto uno strumento volto a consentire al potenziale aggiudicatario di fornire chiarimenti sulle ragioni che consentono all'impresa di operare a condizioni particolarmente favorevoli per l'Amministrazione. A detto strumento si correla, infatti, l'interesse delle altre imprese partecipanti alla procedura di gara, che abbiano invece presentato offerte in regola con l'anzidetta soglia, ad attendersi sul punto un comportamento amministrativo delle stazioni appaltanti imparziale, aderente alla normativa e, pertanto, coerente con detta speciale procedura di verifica, predisposta dall'ordinamento per simili fattispecie, comportamento che invece non può mai risolversi nella espressione di meri giudizi aprioristici, senza i dovuti riscontri.**

In definitiva, **il confronto tra l'amministrazione e l'offerente, la cui offerta è sospetta di anomalia, rappresenta un momento imprescindibile, ai fini del rispetto dei principi comunitari e dell'evidenza pubblica che regolano la materia degli appalti pubblici. Motivo per cui è illegittima l'omissione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, laddove siano presenti e, per di più, riscontrati dalla stessa amministrazione tutti i presupposti di legge e di disciplinare per una sua doverosa attivazione (che non può invece essere ad libitum ritenuta "eventuale").**

Questi i principi affermati nella sentenza in commento dalla II sezione del Tar Bari con riferimento alla contestata aggiudicazione di un appalto in favore di un'impresa la cui offerta, seppur superiore alla *soglia di anomalia*, era stata valutata congrua e sostenibile dall'amministrazione appaltante senza la necessaria, previa attivazione del sub procedimento di verifica disciplinato dal codice e prescritto, altresì, dal disciplinare di gara.

La Sezione ha, conseguentemente, annullato il provvedimento di aggiudicazione, disponendo il rinnovo parziale della procedura, a partire dall'omessa attivazione della verifica di anomalia.

[1] Cfr. Cons. St., sez. V, 25 giugno 2018 n. 3921.

[2] Cfr. da ultimo: Cons. Stato, V, 25 maggio 2017, n. 2460

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

#### (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

#### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 729 del 2018, proposto da Sideco s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, alla piazza Garibaldi n. 23;

#### ***contro***

-. Ministero della Difesa, in persona del Ministro, p.t.;

-. Aeronautica militare, III Reparto Genio, ufficio affari amministrativi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato e presso la stessa domiciliato in Bari, alla via Melo n. 97;

#### ***nei confronti***

Co.Bit. s.r.l. e Salice calcestruzzi s.r.l., non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

- della nota dell'Aeronautica militare - III Reparto Genio, ufficio affari amministrativi (R.U.P.) prot. n. 7263 del 15.5.2018, notificata a mezzo P.E.C. il successivo 16.5.2018, recante comunicazione degli esiti della *procedura negoziata* per l'affidamento della fornitura di calcestruzzo, con stazionamento di pompe e servizio di pompaggio, di misto cementato e calcestruzzo magrone; CIG 74058951E4;

- del provvedimento del 14.5.2018 a firma del R.U.P., Comandante del 3° Reparto Genio A.M. di aggiudicazione dell'appalto in favore del concorrente Salice calcestruzzi s.r.l. di Foggia;

- del verbale di aggiudicazione di gara G18-011 del 10.5.2018 (con prosieguo il 11.5.2018) e della nota P.E.C. del 10.5.2018;

- di ogni atto agli stessi presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi inclusi, ove occorra, il decreto di Genio-Dife. n. 78 del 29.12.2017, con il quale è stato richiesto al III Reparto Genio A.M. di provvedere ai lavori di *JSF* – nuova pista parallela e *vertical landing* PAD - prolungamento raccordo novembre - riqualificazione raccordo *mike* più demolizione di fabbricati e ricollocazione stazione meteo strada di collegamento sezione antincendi presso l'Aeroporto di Amendola (FG), il provvedimento ex art. 61, d.lgs. n. 50/2016 e art. 67, co. 3, d.P.R. n. 236/2012 di avvio della procedura negoziata, il bando e il disciplinare di gara (foglio prot. n. MD ABA005/006101 del 17.4.2018);

- nonché per la declaratoria di nullità del contratto, ove *medio tempore* stipulato tra le parti, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, co. 1, lett. c) e d), 122 e 124, d.lgs. n. 104/2010 s.m.i.;

- e, altresì, per l'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica volta a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* e la sottoscrizione del conseguente contratto con la ricorrente previa, ove occorra e nell'ipotesi d'intervenuta sottoscrizione del contratto con l'aggiudicataria in esecuzione dei provvedimenti impugnati, dichiarazione d'inefficacia e accoglimento della domanda di subentro;

- in via di estremo subordine e qualora non fosse possibile conseguire l'aggiudicazione o subentrare nel contratto frattanto stipulato, per l'accoglimento della domanda di risarcimento per equivalente, da quantificarsi in corso di causa, comunque nella misura non inferiore al 10 % dell'importo a base di gara, oltre al rimborso delle spese di partecipazione alla procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa - Aeronautica militare, III Reparto Genio A.M.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2018 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. Luigi D'Ambrosio e avv. dello Stato Giuseppe Zuccaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso depositato in data 9.6.2018, la Sideco s.r.l. con sede legale in Foggia impugnava, con domanda di annullamento, cautelare, di subentro e risarcitoria, il provvedimento di aggiudicazione e gli atti connessi dell'appalto di fornitura con *procedura negoziata* per l'importo a base d'asta pari ad € 1.770.800,00 (al netto dell'I.V.A.) di fornitura di calcestruzzo, con stazionamento di pompe e servizio di pompaggio, di misto cemento e calcestruzzo per lavori da effettuarsi presso l'Aeroporto militare di Amendola (FG) e quant'altro, adottato dall'Amministrazione dell'Aeronautica militare, III Reparto Genio A.M., con sede in Bari-Palese. Lamentava l'omessa valutazione dell'anomalia dell'offerta, prevista dal codice dei contratti pubblici e dalla *lex specialis* di gara, a fronte di un ribasso notevole rispetto alla base d'asta, come da offerta in atti della società aggiudicataria.

Si costituiva in giudizio il Ministero della Difesa, Aeronautica militare, a mezzo dell'Avvocatura di Stato, depositando documenti. Non si costituivano le società controinteressate, pur intimare.

Il ricorrente depositava memoria, con documenti, tra cui i prezziari regionali.

La difesa erariale indi depositava la relazione dell'Amministrazione e ulteriori documenti.

Con ordinanza del 20.6.2018 n. 228, il Collegio sospendeva gli impugnati provvedimenti e fissava l'udienza pubblica del 9.10.2018 per la discussione nel merito.

All'udienza del 9.10.2018, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1.- La Sideco s.r.l. con sede in Foggia, classificata al terzo posto (con un ribasso del 9,17 %) nella *procedura ristretta negoziata* con il criterio del prezzo più basso per la fornitura di conglomerati cementizi come in fatto, impugnava l'aggiudicazione (e gli atti connessi), deducendo il vizio di violazione di legge consistente nell'omessa attivazione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, previsto dall'art. 97, comma 1, del d.lgs 18 aprile 2016 n. 50, nel disciplinare di gara e nella lettera di invito. In concreto, la Commissione valutatrice aveva rimesso alla stazione appaltante l'attivazione di tale fase nominata, avendo constatato, come risulta dal verbale della seduta di gara, la presenza di *due offerte anomale* riferite alla prima e alla seconda classificata e cioè, rispettivamente, alla Salice calcestruzzi s.r.l., con sede in Foggia, nella misura del ribasso offerto del 37,19 %, ed alla Co.Bit. s.r.l., con sede a Lucera (FG), nella misura del ribasso offerto del 35,11 %.

2.- Invero, in conformità all'art. 96 del d.lgs n. 50/2016, nella lettera d'invito ad offrire nella procedura negoziata-appalto di fornitura, alla "sezione IV-criterio di aggiudicazione" (pag. 3 di 4), è previsto, *expressis verbis*, che la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso determinato, mediante ribasso sull'importo della fornitura posto a base di gara, con valutazione dell'offerta anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 97 del medesimo d.lgs n. 50. Inoltre, anche per il disciplinare di gara (punto n. 10, pag. 3 di 11), la migliore offerta è selezionata con il criterio più basso e si procederà a valutare la congruità dell'offerta ritenuta anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici.

3.- Il verbale di aggiudicazione del 10 maggio con prosieguo il giorno 11 maggio 2018 (pag. 2 di 3) dava atto dell'estrazione di uno dei metodi di calcolo della soglia di anomalia, individuato in quello di cui alla lettera c). Pertanto, ai fini della rilevazione delle offerte anormalmente basse, veniva indicata la soglia del ribasso consentibile al 21,04 %; venivano così individuate le due società offerenti Salice calcestruzzi s.r.l., con ribasso nella misura del 37,19%, ed Co.Bit. s.r.l., con ribasso nella misura del 35,11%, quali ditte da sottoporre alla definita "eventuale" verifica di anomalia, che la Commissione motivatamente proponeva e demandava al R.U.P. del III Reparto Genio A.M.

Con successivo provvedimento del 14 maggio 2018, il R.U.P. e Comandante del III Reparto Genio A. M., tuttavia, sulla base di una motivazione alquanto apodittica, ritenevano *in astratto* la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità dell'offerta della Salice costruzioni s.r.l. e aggiudicavano l'appalto alla stessa, senza procedere al sub-procedimento di valutazione dell'anomalia.

Invero, la motivazione posta a base dell'aggiudicazione contrasta con l'art. 97 del d.lgs n. 50/2016 e con la disciplina di gara, come sopra richiamata. Essi hanno chiaramente previsto l'attivazione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, che prevede la richiesta di giustificazioni scritte alle imprese concorrenti, proprio al fine di poter saggiare *in concreto* e nel contraddittorio la congruità e la serietà dell'offerta.

È vero che, all'esito, la stazione appaltante esprime un giudizio motivato di accettabilità o meno dell'offerta (Cons. St., sez. V, 17 maggio 2018 n. 2951) nell'esercizio di un potere tecnico-discrezionale (Cons. St., sez. III, 13 marzo 2018 n. 1609); ma si tratta pur sempre di una valutazione doverosa, a garanzia della stessa serietà della prestazione promessa, qualora la disciplina di gara lo abbia previsto e vi siano gli elementi che inducano a procedere a questo tipo di riscontro dell'offerta sospettata di anomalia. Detto sub-procedimento di valutazione dell'anomalia, peraltro, stante in concreto anche la pertinente contestazione di una società offerente già in sede di gara, circa i "prezzi fuori mercato" offerti, doveva quindi essere effettuato.

Per di più, neanche a seguito del ricorso proposto e dell'ordinanza di sospensione del 20 giugno 2018 n. 228 adottata da questo Collegio, l'Amministrazione ha provveduto a riesaminare in autotutela la procedura di appalto indetta, ponendo in attuazione l'omesso sub-procedimento di valutazione dell'anomalia.

Va ricordato che, per offerta anomala, deve intendersi quell'*offerta troppo bassa*, rispetto

all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, e che, in quanto tale, suscita il *sospetto* della scarsa serietà dell'offerta e denota l'*indizio* di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, ledendo in tal modo l'interesse pubblico dell'amministrazione, anche per l'inidoneità intrinseca ad assicurare all'offerente operatore economico un adeguato profitto (Cons. St., sez. V, 25 giugno 2018 n. 3921).

La *ratio* sottesa alla produzione delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta è dunque quella di consentire al potenziale aggiudicatario di fornire chiarimenti sulle ragioni che consentono all'impresa di operare a condizioni particolarmente favorevoli per l'Amministrazione, garantendo, al contempo, la corretta e puntuale esecuzione dell'appalto.

L'offerta anomala quindi si connota come offerta che può rivelare una disfunzione del libero gioco della concorrenza, per elidere la quale la disciplina in materia di appalti pubblici ha specificamente apprestato il rimedio dell'attivazione del sub-procedimento della verifica dell'anomalia, epperò da svolgersi in contraddittorio con l'impresa o le imprese che abbiano presentato offerte, che superino la c.d. soglia di anomalia.

*Ergo*, al previsto strumento di controllo interno della valutazione dell'anomalia, si correla l'interesse delle altre imprese partecipanti alla procedura di gara, che abbiano invece presentato offerte in regola con l'anzidetta soglia, ad attendersi sul punto un comportamento amministrativo delle stazioni appaltanti imparziale, aderente alla normativa e, quindi, coerente con detta speciale procedura di verifica, predisposta dall'ordinamento per simili fattispecie, comportamento che invece non può mai risolversi nella espressione di meri giudizi aprioristici, senza i dovuti riscontri.

In ultima analisi, il confronto tra l'amministrazione e l'offerente, la cui offerta è sospetta di anomalia, rappresenta un momento imprescindibile, ai fini del rispetto dei *principi comunitari* e dell'*evidenza pubblica* che regolano la materia degli appalti pubblici. Motivo per cui è illegittima l'omissione del sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, laddove siano presenti e, per di più, riscontrati dalla stessa amministrazione– come nel caso di specie – tutti i presupposti di legge e di disciplinare per una sua *doverosa* attivazione (che non può invece essere *ad libitum* ritenuta "eventuale").

4.- Le accessorie domande di subentro e di risarcimento dei danni proposte dalla società ricorrente, per come formulate sulla base dei documenti in atti, non sono però accoglibili.

Non è invero possibile stabilire, *rebus sic stantibus*, se, qualora fosse stata attivata la procedura di verifica dell'anomalia, la Sideco sarebbe risultata vincitrice dell'appalto, in luogo dell'aggiudicataria: essendo terza classificata, per pronunciarsi nel senso auspicato dall'interessata, si dovrebbe infatti ipotizzare (senza disporre di concreti elementi, vista l'assenza di una fase di valutazione delle offerte anomale) un doppio giudizio negativo sulle offerte di ambedue le imprese controinteressate.

Il rinnovo parziale della procedura di gara, a partire dall'omessa attivazione della verifica di anomalia, realizza dunque l'unica forma di risarcimento in forma specifica consentibile, in siffatta fattispecie.

5.- Le spese seguono la soccombenza, compresa la refusione del contributo unificato che, ai sensi dell'art. 13, comma 6-*bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, è posto, in via definitiva, a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti e atti, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese processuali, che sono liquidate in € 4.000,00, con accessori di legge, oltre alla refusione del C.U.

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