

La valutazione dell'anomalia nei “settori speciali”: vecchia e nuova disciplina

di Libera Valla

Data di pubblicazione: 7-11-2016

1. Nei settori speciali, la facoltà contemplata dall'art.206 co.1 del D.Lgs. 163/2006 di non utilizzare i criteri legali di individuazione delle offerte anormalmente basse ex art. 86 del medesimo decreto deve essere interpretata nel senso che grava sugli enti aggiudicatori l'obbligo di individuare un diverso criterio di individuazione di tali offerte anormalmente basse nell'avviso con cui si indice la gara (1), tale interpretazione è suffragata dall'art. 133 del D.Lgs 50/2016, che estende ai settori speciali i principi di cui al precedente art. 97 concernenti i criteri matematici di determinazione delle offerte anormalmente basse nei settori ordinari.

(1) Conforme Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n.6442, in senso parzialmente contrario Cons. Stato 12.9.2014, n.4669.

Guida alla lettura

Con la sentenza in esame, il TAR di Bari si è occupato dell'art. 206 co.1 del D.Lgs. 163/2006, in base al quale, nei settori speciali, **è concesso agli enti aggiudicatori di non applicare i criteri legali di individuazione delle offerte anormalmente basse ex art. 86 del medesimo decreto** *“con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare le offerte”*.

Nel caso di specie, in particolare, la stazione appaltante, facendo riferimento al citato art. 206, ha esercitato la facoltà di non utilizzare i criteri matematici di individuazione delle offerte anormalmente basse previsti dall'art.86 del codice dei contratti pubblici senza tuttavia specificare, nella *lex specialis* di gara, il diverso criterio da adottare nel caso specifico: si è, in pratica, limitata ad aggiudicare la gara all'offerta che aveva ottenuto il miglior punteggio senza procedere, in mancanza di criteri alternativi, ad alcuna verifica dell'offerta che pure si presentava anormalmente bassa.

Ebbene, per il Giudice territoriale, l'art. 206 deve essere interpretato in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 339, comma 1, lett. o) d.p.r. n. 207/2010 in base al quale il “diverso” criterio di individuazione delle offerte anormalmente basse deve essere parimenti

“indicato” nell’avviso in cui si indice la gara.

A parere del TAR la finalità concessa dalla previsione di cui all’art. 206 non è quella di lasciare libero l’ente appaltatore di decidere se procedere o meno all’individuazione delle offerte anormalmente basse ma di stabilire un diverso criterio di individuazione dell’anomalia non legato a parametri rigidamente matematici.

La conferma dell’esattezza di tale interpretazione, il TAR la trae dal nuovo codice dei contratti pubblici (il D.Lgs. 50/2016) il quale, all’art.133, estende alle gare nei settori speciali l’applicazione dell’art.97 di individuazione dei criteri matematici per la selezione delle offerte anormalmente basse.

La nuova previsione codicistica elimina la facoltà di prevedere “criteri diversi” di individuazione dell’anomalia.

Tale nuova disposizione è l’espressione più significativa della tendenza del nuovo codice a realizzare una progressiva **assimilazione della disciplina dei settori speciali a quelli ordinari**.

E’ noto che la specificità del regime giuridico dei settori speciali – ovvero dei settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, porti e aeroporti, servizi postali e sfruttamento di area geografica – ha il suo fondamento nella disciplina comunitaria che, in origine, li escludeva completamente dal suo raggio di applicazione.

Le ragioni di tale esclusione risiedevano nella constatazione di una diffusa presenza pubblica, accanto a quella privata, nella gestione delle predette attività; in tali settori, infatti, le autorità influenzano il comportamento degli operatori partecipando al loro capitale sociale o inserendo i propri rappresentanti. Un’altra delle ragioni era il carattere “chiuso” dei mercati in cui operavano, dovuto alla concessione da parte degli stati membri di diritti speciali o esclusivi per l’approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione.

A un primo regime di totale sottrazione è seguita l’introduzione di un regime differenziato caratterizzato da una maggiore flessibilità e da minori vincoli procedurali.

Gli interventi normativi che si sono succeduti, in materia di appalti, sono chiaramente indirizzati nel senso di una omologazione e una decisa attenuazione delle peculiarità disciplinari dei settori speciali.

Del resto tale osmosi disciplinare è la logica conseguenza di un progressivo superamento delle caratteristiche peculiari di tali settori a seguito della spinta liberalizzatrice e armonizzatrice delle istituzioni comunitarie.

Come è stato correttamente affermato, infatti, *“attraverso il riconoscimento della specialità di questi settori si è, da un lato, ammessa (e temporaneamente confermata) una specifica influenza dello Stato interessato, evitando un irrigidimento dalle conseguenze imprevedibili, e*

dall'altro indicato, in modo forse non eccessivamente forte, ma probabilmente più efficace, la direzione di marcia da seguire per giungere ad una effettiva liberalizzazione di tutti i servizi economici di interesse generale".

Un esempio interessante in tal senso, è fornito dalla disciplina che ha riguardato i servizi di telecomunicazione, in origine appartenenti al novero dei "servizi esclusi" e poi espulsi dalla regolamentazione speciale per effetto della "introduzione di una concorrenza effettiva, di fatto e di diritto" che ha reso di conseguenza non "più necessario regolare gli acquisti degli enti che operano in questo settore" (quinto considerando direttiva n.2004/17/CE).

Il perseguimento della "concorrenza effettiva" anche in questi settori è pertanto la finalità ultima a cui tende il legislatore comunitario.

Nel nuovo codice il ridimensionamento delle peculiarità dei settori speciali è attuato attraverso l'applicazione ai settori speciali di disposizioni prima previste solo nei settori ordinari.

Oltre alla applicazione, anche per i settori speciali, delle modalità di individuazione della soglia di anomalia delle offerte di cui al citato art. 133, il nuovo codice, attraverso la previsione dell'art. 114 co. 1, estende ai settori speciali ad es. gli obblighi di pianificazione e di programmazione delle acquisizioni di lavori, di servizi e forniture (art.21), la verifica preventiva della progettazione dei lavori (art.26), gli obblighi di pubblicazione, ai sensi del D.Lgs. 14 marzo 2013, n.33, di tutti gli atti relativi alla programmazione dei lavori, opere servizi e forniture, (art.29), il sistema di qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti (art.37).

La sentenza in esame che, nel decidere una fattispecie rientrante *ratione temporis* nell'ambito della precedente normativa, richiama la nuova disciplina codicistica, appare consapevole di tale decisa tendenza all'assimilazione tra settori ordinari e speciali e vi si inserisce coerentemente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 641 del 2016, proposto da Alstom Ferroviaria s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini C.F. MNGMZN67M28F205W, Amalia Muollo C.F. MLLMLA82P50A489N, Nino Sebastiano Matassa C.F. MTSNSB59E17H926N, e Massimiliano Sambri, con domicilio eletto presso l'avv. Nino Matassa in Bari, via Andrea da Bari, 35;

contro

R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Vinti C.F. VNTSFN60T27G273Y, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi in Bari, via Abate Eustasio, 5;

nei confronti di

Ansaldo Sts s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiorgio Alberti C.F. LBRPGR43C28I138Y e Fabrizio Lofoco C.F. LFCFRZ60R18A662R, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

per l'annullamento,

previa adozione di idonee misure cautelari,

- del provvedimento di RFI spa - Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti in data 4.5.2016 RFI DAC-ATTA0011P2016000125 avente ad oggetto: "Procedura di affidamento n. DAC1.2015.0008 avente ad oggetto Progettazione ed esecuzione di un sistema ACC-M di linea, con Posto Centrale ubicato a Bari Lamasinata, per la gestione degli impianti di linea compresi nella tratta Foggia-Bari-Comunicazione ex art. 79 co. 5 lett. a)" di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara ad Ansaldo STS s.p.a.;

- della delibera del Direttore degli Acquisti di RFI s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato e/o del Responsabile del Procedimento di approvazione dell'aggiudicazione dell'appalto ad Ansaldo STS;

- di tutti i verbali della commissione giudicatrice relativi alla predetta procedura di gara ed in particolare del verbale del 28 aprile 2016 con cui la commissione di gara ha proposto l'aggiudicazione provvisoria in favore di Ansaldo STS s.p.a.;

- ove occorra, della lettera d'incarico della Direzione Investimenti RFI s.p.a. del 9 marzo 2015 RFI-CIN-CIT-PIT PSV-0, in particolare gli artt. 10 e 11 laddove interpretati nel senso di escludere la verifica dell'anomalia delle offerte anormalmente basse;

- ove occorra, del disciplinare di gara, lett. J) "ricognizione e valutazione delle offerte", laddove interpretato nel senso di escludere la verifica dell'anomalia delle offerte anormalmente basse;

- della comunicazione RFI_DAC-ATTA0011P2016000152 del 24 maggio 2016 con cui RFI ha preteso limitare l'accesso agli atti dell'offerta tecnica presentata da Ansaldo STS e ha respinto l'istanza di autotutela avanzata dal RTI Alstom ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non cogniti, ivi compreso il contratto laddove stipulato;

nonché per la declaratoria dell'obbligo di RFI di risarcire al RTI ricorrente il danno ingiusto, cagionato dall'illegittimo svolgimento della gara e dall'esito aggiudicatorio di essa, in forma specifica, ovvero - se non possibile - per equivalente economico;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e di Ansaldo STS s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2016 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

In data 9 marzo 2015 il Responsabile della Direzione Investimenti - Programma Investimenti Tecnologici - Progetti Sud di RFI inviava lettera di incarico alla Direzioni Acquisti di Roma per lo svolgimento dell'attività negoziale contrattuale relativa alla progettazione ed esecuzione di un sistema ACC-M di linea, con Posto Centrale, ubicato a Bari Lamasinata, per la gestione degli impianti di linea compresi nella tratta Foggia-Bari PN.

Con avviso di gara pubblicato in G.U.U.E. in data 27 marzo 2015, RFI bandiva la relativa gara a procedura negoziata, n. DAC1.2015.0008.

L'importo complessivo dell'appalto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era stimato in €. 15.048.943,19 al netto dell'IVA, comprensivo degli oneri relativi alla sicurezza stimati in €. 785.000,00 (non soggetti a ribasso) e spese per la progettazione esecutiva pari ad €. 440.800,00 (soggette a ribasso).

A seguito dell'esperimento della fase di prequalifica dei candidati interessati a partecipare alla gara suddetta, RFI, in data 14 luglio 2015, inviava all'odierna ricorrente Alstom Ferroviaria s.p.a. la lettera d'invito a presentare offerta con i relativi allegati costituenti lex specialis di gara.

In considerazione del fatto che il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i punteggi sarebbero stati attribuiti con i seguenti criteri:

- 75 punti/100 per l'offerta tecnica;
- 25 punti/100 per l'offerta economica.

Inoltre, la lettera d'invito del 14 luglio 2015 precisava che "RFI si riserva la facoltà di escludere le offerte anormalmente basse secondo quanto previsto al punto J) del Disciplinare di Gara".

Il punto J) del disciplinare di gara prevedeva espressamente:

«... Le offerte che, in base ad una valutazione della Stazione Appaltante, dovessero apparire anormalmente basse (nel senso di potenzialmente affette da anomalia) rispetto ai lavori oggetto della procedura di gara, saranno assoggettate a verifica di congruità. L'eventuale verifica sarà condotta applicando le regole procedurali ed i criteri di verifica di cui agli artt. 87 e 88 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i. Non trova, dunque, applicazione il criterio matematico di determinazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, co. 1 e 2, del dlgs n. 163/2006 e s.m.i., meramente facoltativi per i soggetti operanti nei settori speciali (art. 206 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i.).

In tale ambito RFI si riserva di valutare la congruità dei costi della sicurezza connessi con l'attività di impresa, in ogni caso da indicarsi nell'offerta.

RFI ha facoltà di procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte sino alla quinta classificata. ... ».

In precedenza già la lettera di incarico del 9.3.2015 (cfr. art. 10 in tema di "Criteri di individuazione delle offerte anomale da indicare nell'avviso o sulle lettere di invito") stabiliva:

"Avvalendosi della facoltà di cui all'art. 206, comma 1 del dlgs n. 163/2006 e s.m.i. non si applicherà il criterio di cui all'art. 86.2 del dlgs n. 163/2006, ma potrà valutarsi la congruità delle offerte che appaiono, a giudizio della commissione di gara, anormalmente basse".

Alla predetta gara partecipavano, oltre ad Alstom Ferroviaria s.p.a. in RTI con Sielte s.p.a. e Politecnica Ingegneria ed Architettura Soc. Coop., anche la controinteressata Ansaldo STS s.p.a., Sirti s.p.a., Bombardier Transportation Italy s.p.a. in RTI con Star Electrification s.r.l., e il costituendo RTI tra ECM s.p.a., Ducati Energia s.p.a., Orofino Costruzioni s.r.l. e Sintagma s.r.l., tutti ammessi alla fase successiva di gara dalla commissione nominata dal responsabile del procedimento.

A seguito della seduta pubblica del 10 dicembre 2015, la commissione giudicatrice procedeva alla valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti e all'attribuzione dei relativi punteggi.

In data 19 aprile 2016, all'esito delle attività di valutazione delle offerte tecniche presentate dai suddetti operatori economici, la commissione giudicatrice trasmetteva al responsabile del procedimento gli esiti dei punteggi tecnici attribuiti a ciascun concorrente, e nello specifico:

- RTI Alstom: 67,15;
- Ansaldo: 63,63;
- RTI Bombardier: 61,29;
- Sirti: 60,92;
- RTI ECM: 57,75.

Successivamente, nel corso della seduta pubblica del 28 aprile 2016, la commissione di gara apriva le buste "B" e verificava le offerte economiche dei partecipanti.

Il risultato finale dei punteggi attribuiti per le offerte economiche era il seguente:

- Ansaldo: 25 punti con €. 9.289.999,16 (ribasso 40,37%);
- RTI Bombardier: 21,17 punti con €. 10.830.156,81 (ribasso 29,57%);
- RTI ECM: 19,78 punti con €. 11.532.690,13 (ribasso 24,65%);
- SIRTI: 19,08 punti con €. 11.930.845,22 (ribasso 21,86%);
- RTI Alstom: 17,44 punti con €. 12.976.300,79 (ribasso 14,53%).

Sommando i punti ottenuti per l'offerta economica con quelli ottenuti per l'offerta tecnica, l'offerta di Ansaldo veniva, pertanto, ritenuta quella economicamente più vantaggiosa con un punteggio complessivo di 88,64.

Il RTI Alstom ricorrente risultava secondo in graduatoria con complessivi 84,59 punti su 100.

La commissione di gara proponeva l'aggiudicazione provvisoria della procedura in favore dell'odierna controinteressata Ansaldo "rimettendo gli atti al responsabile del procedimento per la fase di affidamento che, salvo diverse determinazioni, per quanto di propria competenza, dopo aver approvato l'aggiudicazione provvisoria, disporrà l'aggiudicazione definitiva".

In data 2 maggio 2016 veniva approvata e deliberata l'aggiudicazione definitiva in favore di Ansaldo.

In data 5 maggio 2016, il raggruppamento ricorrente presentava ad RFI istanza di accesso a tutta la documentazione di gara, ed in particolare all'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria Ansaldo.

In data 16 maggio 2016, RFI consentiva ad Alstom la sola visione parziale (senza estrazione di copia) dei documenti richiesti con l'istanza di accesso agli atti, senza tuttavia permettere l'esame dell'offerta presentata da Ansaldo in attesa del consenso di quest'ultima all'ostensione.

Copia della documentazione esaminata è stata poi consegnata da RFI in data 20 maggio 2016.

In data 19 maggio 2016 il RTI ricorrente presentava l'informativa ex art. 243 bis dlgs n. 163/2006, invocando l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

Con successiva lettera del 23 maggio 2016 il RTI Alstom sollecitava l'ostensione dell'offerta tecnica di Ansaldo.

Tuttavia, avendo Ansaldo eccepito la sussistenza del segreto tecnico e commerciale in relazione a detta documentazione, RFI con la gravata nota del 24.5.2016 concedeva l'accesso solo ad una parte dell'offerta tecnica di Ansaldo e contestualmente confermava il proprio operato circa la mancata verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il RTI Alstom impugnava gli atti in epigrafe indicati, invocando altresì tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente.

Chiedeva, inoltre, l'annullamento della nota di RFI del 24.5.2016 di diniego parziale di accesso alla documentazione richiesta, formulando sul punto istanza istruttoria affinché fosse dichiarato il proprio diritto di accesso sull'intera offerta tecnica presentata da Ansaldo e sull'atto di approvazione dell'aggiudicazione.

Deduceva censure così sinteticamente riassumibili:

1) violazione dei principi generali nazionali e comunitari in materia di verifica dell'anomalia delle offerte; violazione dell'art. 57 della direttiva 2004/17; violazione degli artt. 86, commi 2 e 3 e 87, comma 1 dlgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto J) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 206 dlgs n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione; in subordine, istanza di rinvio alla Corte di Giustizia della Unione Europea ex art. 267 TFUE: la stazione appaltante avrebbe omesso la verifica di anomalia dell'offerta della aggiudicataria Ansaldo (che proponeva un ribasso di più del 40%) in violazione delle regole generali del diritto dell'Unione Europea (artt. 55 direttiva n. 2004/18 e 57 direttiva n. 2004/17) e dell'art. 86 dlgs n. 163/2006; il disciplinare di gara (lett. J), prevedendo la non applicabilità dei criteri matematici di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006, non ne avrebbe individuati di ulteriori o differenti, limitandosi a specificare che RFI avrebbe potuto procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte fino alla quinta classificata, individuando altresì la tipologia di

giustificazioni che sarebbero state richieste durante il procedimento; sia la Commissione di gara, sia il RUP si sarebbero limitati ad aggiudicare la gara all'offerta di Ansaldo che aveva ottenuto il miglior punteggio, con ciò ponendo in essere un comportamento arbitrario a fronte di una offerta economica palesemente anomala non soggetta ad alcuna verifica; la citata previsione del disciplinare di gara, se interpretata nel senso che RFI ha riservato ad una propria personale valutazione la sussistenza dei presupposti per sottoporre l'offerta a verifica di anomalia, anche a prescindere dal ricorrere dei parametri di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006, sarebbe illegittima; in forza del disposto di cui all'art. 86, comma 3 dlgs n. 163/2006 (norma applicabile anche nei settori speciali) e all'art. 339 d.p.r. n. 207/2010 la verifica di congruità dell'offerta non è prevista soltanto in caso di superamento della soglia di cui all'art. 86, commi 1 e 2 dlgs n. 163/2006, non essendo possibile prescindere completamente dal contenuto e dai profili di congruità dell'offerta anche nei settori speciali; pertanto, la stazione appaltante avrebbe sempre l'onere di valutare sotto il profilo sostanziale gli indici di non congruità desumibili dall'offerta; conseguentemente, la clausola in esame del disciplinare potrebbe essere considerata legittima solo ove interpretata nel senso che l'ente aggiudicatore o avrebbe dovuto procedere ad individuare altri criteri cui riferirsi per verificare l'anomalia dell'offerta, ovvero avrebbe quantomeno dovuto verificare tutte le offerte apparentemente anomale; nel caso di specie il ribasso offerto da Ansaldo rispetto a quello degli altri concorrenti sarebbe eccessivo e privo di giustificazioni e quindi avrebbe dovuto indurre RFI ad effettuare la verifica dell'anomalia dell'offerta.

In subordine, parte ricorrente invoca il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE della normativa italiana (art. 206 dlgs n. 163/2006) alla Corte di Giustizia dell'UE affinché ne accerti la compatibilità con l'art. 57 direttiva 2004/17, nella parte in cui, prevedendo la facoltà per gli Enti aggiudicatori nei settori speciali di derogare all'applicazione dei criteri di individuazione delle offerte anomale di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006, attribuisce il diritto all'Ente aggiudicatore, in assenza di individuazione di diversi criteri nella lex specialis di gara, di procedere all'aggiudicazione in favore di un'offerta che appaia anormalmente bassa rispetto alla prestazione richiesta in difetto assoluto di qualsivoglia verifica della congruità dell'offerta stessa; al tal riguardo Alstom richiama le direttive n. 2014/24 e n. 2014/25 e l'art. 97 dlgs n. 50/2016 (disposizione, quest'ultima, che recepisce le direttive del 2014 in parte qua) ove si prevede l'integrale applicazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e dei criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse sia nei settori ordinari, sia nei settori speciali (art. 133 dlgs n. 50/2016), con ciò confermandosi il carattere cogente e generale dell'obbligo di verifica dell'anomalia dell'offerta in ogni gara pubblica ed a prescindere dai settori di appartenenza;

2) sull'obbligo di eseguire la verifica di anomalia; violazione dell'art. 57 della direttiva 2004/17; violazione degli artt. 86, comma 3 e 87, comma 1 dlgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto J) del disciplinare di gara sotto altro profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 118, comma 4 dlgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 243 bis dlgs n. 163/2006; violazione dell'art. 3 legge n. 241/1990; travisamento dei presupposti di fatto; eccesso di potere: il comportamento della stazione appaltante sarebbe aggravato dalla circostanza del rigetto con nota del 24.5.2016 della richiesta di autotutela formulata dalla ricorrente; detta nota (con cui RFI sosteneva da un lato di non aver sottoposto a verifica di anomalia l'offerta di Ansaldo per aver escluso l'applicazione dei parametri di cui

all'art. 86 dlgs n. 163/2006, dall'altro che in ogni caso le sue valutazioni sulla congruità delle offerte si fondano su "informazioni tecniche di cui è in possesso e su una conoscenza del mercato") conterrebbe affermazioni prive di fondamento; infatti, per quanto concerne il primo profilo, si giungerebbe all'inevitabile paradosso per cui nei settori speciali se l'Ente aggiudicatore non inserisse nel bando un richiamo ai criteri di cui all'art. 86 dlgs n. 163/2006 e non provvedesse contestualmente a indicarne altri specifici, non sarebbe tenuto a procedere alla verifica delle offerte anomale; con riferimento al secondo profilo evidenziato nella nota del 24.5.2016, nessun criterio basato su "informazioni tecniche di cui è in possesso e su una conoscenza del mercato" sarebbe stato inserito nel bando o nella lettera di invito; conseguentemente, il provvedimento di aggiudicazione in favore di Ansaldo sarebbe illegittimo in quanto adottato in difetto assoluto di istruttoria e di motivazione a fronte di un evidente ed oggettivo sospetto di anomalia; sarebbe, dunque, illegittima la scelta di non procedere alla valutazione di congruità dell'offerta di Ansaldo risultata chiaramente anomala in quanto avente un ribasso pari a oltre il 40%; se RFI avesse confrontato i prezzi posti a base di gara per specifiche lavorazioni con il prezzo offerto da Ansaldo, si sarebbe resa conto dell'anomalia dell'offerta; sarebbe quindi evidente che Ansaldo ha offerto prezzi sottocosto che rendono di per sé anomala l'offerta aggiudicata; in particolare sulle lavorazioni di Piazzale Ansaldo avrebbe offerto uno sconto abnorme; pertanto, di fronte a situazioni del genere la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata.

Si costituivano R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Ansaldo STS s.p.a., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso debba essere accolto nei sensi e nei limiti di seguito esposti, in quanto fondato.

Sono, infatti, meritevoli di positivo apprezzamento le argomentazioni espresse da parte ricorrente a pagg. 8, 13 e 16 dell'atto introduttivo (motivo di gravame sub 1) in ordine alla omessa indicazione nel disciplinare di gara di criteri "ulteriori o differenti" rispetto ai criteri matematici previsti dalla legge (i.e. nel caso di specie, venendo in rilievo una gara con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006: "Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.").

Invero, la censurata clausola del disciplinare di gara di cui alla lettera J (che rende meramente "facoltativa" l'applicazione dei criteri matematici di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006 in applicazione del disposto di cui all'art. 206 dlgs n. 163/2006), in uno alla previsione, parimenti impugnata, della lettera di incarico del 9.3.2015 di cui a pag. 11, punto 10 in tema di "criteri di individuazione delle offerte anomale da indicare nell'avviso o sulle lettere di invito" ("Avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 206 comma 1 dlgs n. 163/2006 s.m.i. non si applicherà il criterio di cui all'articolo 86.2 dlgs n. 163/2006, ma potrà valutarsi la congruità delle offerte che appaiono, a giudizio della commissione di gara, anormalmente bassa"), e la concreta applicazione che detta clausola ha avuto nella fattispecie per cui è causa (vale a dire

la decisione di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della controinteressata Ansaldo, come ammesso dalla stazione appaltante da ultimo a pag. 5 della memoria di replica depositata in data 9.9.2016), delineano un quadro della disciplina di gara caratterizzato da un esercizio arbitrario della facoltà, pur contemplata dal menzionato art. 206, comma 1 dlgs n. 163/2006, di non utilizzare i criteri legali di individuazione delle offerte anormalmente basse con indicazione nell'avviso di indizione della gara.

A tal riguardo, va evidenziato che la disposizione da ultimo citata deve essere interpretata in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 339, comma 1, lett. o) d.p.r. n. 207/2010, ove con riferimento all'esercizio, da parte della stazione appaltante, della facoltà di cui all'art. 206, comma 1 del codice è specificato che il "diverso" criterio di individuazione delle offerte anormalmente basse è parimenti indicato nell'avviso con cui si indice la gara.

Nel caso di specie con la lettera di incarico (art. 10) da un lato e il disciplinare di gara (lett. J) dall'altro l'Amministrazione ha esercitato in modo illegittimo la facoltà di non utilizzare i criteri matematici di individuazione delle offerte anormalmente basse (parametri previsti dall'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006), senza tuttavia specificare nella lex specialis di gara il "diverso" criterio di individuazione delle offerte anormalmente basse, così ponendosi in evidente contrasto con il principio desumibile dal combinato disposto degli artt. 206, comma 1 dlgs n. 163/2006 e 339, comma 1, lett. o) d.p.r. n. 207/2010.

Detta interpretazione, finalizzata a circoscrivere un potere attribuito dalla legge alla stazione appaltante, sia pure nell'ambito di procedure di gara caratterizzate sotto la vigenza del dlgs n. 163/2006 da rilevanti elementi di peculiarità, è altresì suffragata dalla constatazione che il successivo decreto legislativo n. 50/2016 recante il nuovo codice dei contratti pubblici ha previsto all'art. 133 l'estensione alle gare nei settori speciali dei principi di cui all'art. 97 concernenti i criteri matematici di determinazione delle offerte anormalmente basse.

Peraltro, è rilevante ai fini della definizione della presente controversia la sentenza del Consiglio di Stato n. 6442/2012 (decisione resa con riferimento ad una procedura di appalto di servizi di cui all'allegato II B, solo parzialmente assoggettati alla disciplina del codice dei contratti pubblici) che ha censurato la determinazione di non procedere alla verifica del rilevante ribasso (40%) offerto in sede di gara, determinazione suffragata esclusivamente dalla mera affermazione della convenienza e dalla constatazione del numero dei concorrenti, elementi considerati come non idonei di per sé a motivare la determinazione stessa ove non supportata da approfondimenti e valutazioni in ordine a specifici elementi dell'offerta medesima.

Evidenza a tal riguardo il Consiglio di Stato:

«... a prescindere dagli orientamenti della giurisprudenza in tema di sindacabilità dell'esito positivo o negativo della verifica, è indubbio che la verifica dell'anomalia si imponga laddove gli elementi dell'offerta e l'entità del ribasso complessivo non trovino adeguata giustificazione negli atti e presentino profili oggettivi e evidenti o comunque seri dubbi di anomalia, come prevede l'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici, in attuazione dei sopra richiamati principi generali di efficacia, imparzialità e parità di trattamento e, comunque, nell'ottica

costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa.

Nella fattispecie concreta l'offerta, proprio per l'entità del ribasso e del numero dei concorrenti, avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione, in relazione alla delicatezza e complessità del servizio, a procedere alla verifica di non anomalia del ribasso ovvero a esplicitare le peculiari ragioni di non procedere alla verifica stessa. ...».

Parimenti nella fattispecie in esame l'entità del ribasso offerto da Ansaldo STS pari al 40,37% e il numero dei concorrenti avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione a procedere comunque alla verifica di non anomalia del ribasso offerto.

In ogni caso, si appalesa come non idonea - alla stregua del principio di diritto in precedenza analizzato - la generica motivazione della impugnata nota del 24.5.2016 fondata sulle "informazioni tecniche ... e su una conoscenza del mercato", elementi che consentono alla stazione appaltante di ritenersi svincolata dall'applicazione dei parametri matematici disposti dall'art. 86, commi 1 e 2 dlgs n. 163/2006.

Inoltre, non è provato da parte della difesa di RFI che, nonostante la chiara previsione del disciplinare di gara (lett. J) in forza della quale era facoltativa l'applicazione del criterio matematico di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006, la stazione appaltante abbia ciò nondimeno deciso di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta di Ansaldo.

Si tratta, infatti, di un'affermazione operata dalla difesa di RFI nel corso della udienza pubblica del 21.9.2016 rimasta tuttavia priva di riscontro probatorio.

Invero, in atti non vi è dimostrazione di un effettivo contraddittorio procedimentale intercorso tra le parti secondo le previsioni degli artt. 87 e 88 dlgs n. 163/2006, emergendo piuttosto come RFI abbia deciso di non assoggettare l'offerta di Ansaldo a verifica di anomalia (cfr. ammissione di RFI a pag. 5 della memoria depositata in data 9.9.2016 ove la stessa P.A. sottolinea che detta decisione non ha formato oggetto di alcun provvedimento formale, trattandosi di una scelta ampiamente discrezionale).

Non è inoltre condivisibile il richiamo, operato dalla controinteressata Ansaldo della memoria depositata in data 20.6.2016 (pag. 5), alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329) relativamente alla non sindacabilità della decisione con la quale la stazione appaltante ha ritenuto di non sottoporre a verifica di congruità una determinata offerta.

Va, infatti, rilevato che la decisione in commento ha riguardo ad una procedura di gara (da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) che non si riferiva ad un settore speciale; che l'offerta della società oggetto di contestazione nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato non rientrava in uno dei casi disciplinati dall'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006 nei quali è prevista la verifica obbligatoria di anomalia e che l'Amministrazione in quel caso legittimamente riteneva di non dover procedere alla verifica facoltativa di cui all'art. 86, comma 3 dlgs n. 163/2006.

Pertanto, nella citata decisione il Consiglio di Stato evidenziava che l'art. 86 dlgs n. 163/2006 nei commi 1 e 2 pone distinti criteri matematici per l'individuazione delle offerte che si sospetta essere anomale a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo detta sentenza il comma 3 dell'art. 86 ("In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa") contempla una clausola generale valida per entrambe le ipotesi che consente alla stazione appaltante di procedere in ogni caso alla valutazione della congruità di ogni altra offerta che comunque in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa, pur non superando le soglie matematiche di cui ai commi 1 e 2 del citato art. 86.

L'esercizio della facoltà prevista dal comma 3 che determina l'apertura di un sub procedimento in contraddittorio con il concorrente è - alla stregua del principio di diritto di cui alla citata sentenza - ampiamente discrezionale e può essere sindacato davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

E', quindi, evidente che la decisione del Consiglio di Stato concerne l'ipotesi dell'eventuale esercizio della facoltà di cui al comma 3 dell'art. 86 dlgs n. 163/2006, vale a dire di sottoposizione a verifica di anomalia di una offerta che, nell'ambito di una procedura di gara non rientrante nei settori speciali, non superava la soglia matematica di cui al comma 2 dello stesso articolo.

Si tratta, pertanto, di una fattispecie differente rispetto a quella oggetto del presente giudizio, ove viene in rilievo l'ipotesi di una offerta caratterizzata da una elevata percentuale di ribasso che, pur superando la soglia matematica di cui all'art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006 (tale per cui se il settore fosse stato ordinario l'offerta di Ansaldo sarebbe dovuta essere obbligatoriamente assoggettata a verifica di anomalia), non è sottoposta a verifica di anomalia in conseguenza della citata previsione del disciplinare (lett. J).

Anche le altre sentenze citate dalla Ansaldo a pag. 5 della memoria depositata in data 20.6.2016 non sono conferenti.

Invero, Cons. Stato n. 4449/2014 afferma un principio analogo a Cons. Stato n. 3329/2015.

T.A.R. Sicilia, Palermo n. 390/2016 ha riguardo ad una gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso in cui il numero delle offerte era inferiore a cinque, con la conseguenza che trovava applicazione l'art. 86, comma 4 dlgs n. 163/2006 ("Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3."); conseguentemente, il T.A.R. siciliano evidenziava che nessuna motivazione è richiesta quando la P.A. ritiene di non dover fare uso della facoltà di cui al comma 3.

T.A.R. Veneto n. 953/2015 ha parimenti riguardo ad un caso in cui le offerte ammesse erano inferiori a cinque con riferimento ad una gara soggetta al criterio del prezzo più basso e quindi soggetta alla mera verifica "facoltativa" ai sensi dei commi 1 e 3 dell'art. 86 dlgs n. 163/2006.

Per quanto concerne il riferimento, contenuto nella citata memoria di Ansaldo, a T.A.R. Sicilia, Catania n. 1300/2014 e n. 2353/2013 (che rinviano a Cons. Stato n. 1548/2013), va rimarcato che, pur avendo ad oggetto procedure di gara in settori esclusi, le decisioni in commento, evidenziano unicamente la non operatività “automatica” della previsione di cui all’art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006 in detti settori.

Detta affermazione, tuttavia, non esclude che nell’ambito dei settori speciali di cui agli artt. 206 e ss. dlgs n. 163/2006 la facoltà degli enti aggiudicatori di non utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse sia subordinata, ai sensi dell’art. 339, comma 1, lett. o) d.p.r. n. 207/2010, alla predeterminazione nel bando di un “diverso” criterio di individuazione delle suddette offerte (predeterminazione nel caso di specie illegittimamente omessa del tutto).

Infine, T.A.R. Sicilia, Catania n. 2756/2013 e T.A.R. Lazio, Roma n. 9512/2010 si limitano ad evidenziare il carattere meramente facoltativo della verifica di anomalia di cui al comma 3 dell’art. 86 dlgs n. 163/2006 con riferimento a quelle offerte che non superano il criterio matematico dei “quattro quinti” di cui all’art. 86, comma 2 dlgs n. 163/2006, fattispecie - come detto in precedenza - non ricorrente nella vicenda per cui è causa.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l’accoglimento del ricorso nei sensi e nei limiti esposti.

Ogni altra doglianza formulata da parte ricorrente resta assorbita.

In conclusione, l’annullamento del disciplinare in parte qua (lettera J) e dell’art. 10 della lettera di incarico comporta la necessità della rinnovazione dell’intera gara con predisposizione di un nuovo disciplinare conforme a legge.

Infatti, non è immaginabile che la stazione appaltante introduca un diverso criterio di individuazione delle offerte anomale in relazione ad una gara ormai avviata nell’ambito della quale le offerte economiche sono note, pena altrimenti la violazione del principio di segretezza delle offerte e la possibilità di determinare criteri di individuazione delle offerte anomale sulla base di proposte economiche ormai conosciute.

Non può trovare accoglimento la domanda di annullamento della gravata nota del 24.5.2016 con cui RFI ha inteso limitare l’accesso richiesto dalla ricorrente alla offerta tecnica di Ansaldo.

Invero, stante l’esito del presente giudizio e la necessità di rinnovazione degli atti di gara a partire dalla predisposizione di un nuovo disciplinare adeguato ai principi sanciti nella presente sentenza, l’odierna ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità concreta dalla ostensione di una offerta relativa ad una gara ormai annullata.

Né può trovare accoglimento la domanda formata da parte ricorrente di condanna dell’ente intimato al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione in favore dello stesso RTI ricorrente ovvero subentro in luogo dell’aggiudicataria in caso di stipula del

contratto, in considerazione dell'esito del giudizio che impone la rinnovazione della gara.

Infine, la domanda di risarcimento del danno per equivalente va respinta per difetto di prova (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2012, n. 2449 e Cons. Stato, Sez. III, 10 marzo 2015, n. 1228), in quanto parte ricorrente si limita a mere affermazioni sul punto prive di supporto probatorio (cfr. memoria depositata in data 5.9.2016).

In considerazione della complessità e novità della controversia sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Referendario