

Doveroso il doppio confronto con l'impresa in caso di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 13-9-2021

“In omaggio ai principi di buon andamento, di imparzialità e di leale collaborazione che devono caratterizzare l'azione dell'amministrazione pubblica, la stazione appaltante che, in caso di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta deve sollecitare nuovamente il contraddittorio con l'impresa interessata per ulteriori eventuali chiarimenti qualora non ritenga sufficienti le motivazioni addotte”.

Guida alla lettura

Ad una procedura di gara per l'affidamento di servizi, bandita da una Centrale Unica di Committenza per i servizi cimiteriali e luce votiva di un Comune, partecipavano solamente due operatori economici.

Nonostante l'offerta dell'aggiudicataria non superasse la **soglia di anomalia**, ai sensi dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, il RUP avviava comunque la fase di verifica dell'anomalia e, all'esito, si determinava, in uno con la commissione di gara, nel senso di escludere l'aggiudicataria della gara ritenendo l'anomalia dell'offerta presentata.

In termini generali occorre ricordare che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è volto ad accertare l'attendibilità e la serietà dell'offerta e l'effettiva possibilità dell'impresa di bene eseguire l'appalto alle condizioni proposte. Sul punto è stato chiarito che la relativa valutazione ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una “caccia all'errore” nella loro indicazione nel corpo dell'offerta, costituendo esercizio di apprezzamento tecnico, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà.

In primis, osserviamo come la soglia di anomalia dell'offerta non sia individuabile in un parametro univoco di riferimento – e ciò al dichiarato fine di non renderlo predeterminabile agli offerenti – ma venga di volta in volta calcolata a seconda del criterio di aggiudicazione e del numero di concorrenti.

Il numero di concorrenti, inoltre, vale a distinguere la verifica di anomalia **obbligatoria** da quella **facoltativa**: solo nel caso in cui il numero di offerte presentate sia superiore alle indicazioni contenute nell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, il RUP è tenuto ad avviare, obbligatoriamente, la verifica di anomalia.

Ciò nonostante, comunque, l'art. 97 richiamato prevede, al comma 6, la cd. **verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta presentata in sede di gara pubblica**. Tale potestà si configura per l'ampia discrezionalità della stazione appaltante che, a prescindere da particolari forme sacramentali, può procedere, comunque, a avviare la fase di verifica di anomalia dell'offerta presentata, pur indicando per quali motivi ritenga l'opportunità di procedere alla suddetta verifica.

La **discrezionalità dell'amministrazione** in ordine alla scelta se procedere alla verifica facoltativa della congruità dell'offerta si estende anche ai casi di mancato esercizio, e in nessun caso è necessaria una particolare motivazione. La scelta dell'amministrazione, in un senso ovvero nell'altro, può essere sindacata solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

Nel caso di specie, pare di intendere che la stazione appaltante ha inteso esperire tale verifica facoltativa in ragione del fatto che le offerte presentate erano solamente due e che l'aggiudicatario aveva offerto un ribasso percentuale piuttosto elevato.

Per quanto attiene **all'individuazione dell'organo competente**, si deve osservare che la verifica di anomalia può essere condotta dal RUP senza il supporto della commissione e ciò pur in mancanza di specifica attribuzione di competenza in relazione alla gestione del subprocedimento di anomalia (che viene affidata dall'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 alla "stazione appaltante", senza ulteriori specificazioni). In tal senso, infatti, 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.

Nel caso di specie, poi, il R.U.P. e la commissione di gara ritenevano che l'offerta presentata fosse anomala e, dunque, escludevano l'aggiudicatario dalla gara con provvedimento impugnato in sede giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondata la censura relativa al prospettato **vizio procedimentale** che ha inficiato le **garanzie partecipative** dell'aggiudicatario.

Secondo il Consiglio di Stato poiché si trattava di ipotesi di verifica **facoltativa** dell'anomalia dell'offerta, l'amministrazione avrebbe dovuto permettere all'appellante di apportare nell'ambito procedimentale **eventuali ulteriori chiarimenti**. A fronte di una prima risposta alla richiesta di specificazione della stazione appaltante, dunque, avrebbe dovuto seguire un ulteriore e necessario momento partecipativo, finalizzato ad ottenere una migliore specificazione delle voci di costo di cui si componeva un'offerta che, ai sensi di legge, era congrua. E poiché, dunque, come osservato, ai sensi di legge, l'offerta era congrua la commissione **aveva l'obbligo di richiedere all'aggiudicatario un ulteriore apporto partecipativo**, in omaggio ai principi di buon andamento, di imparzialità e di leale collaborazione che devono caratterizzare l'azione dell'amministrazione pubblica.

Nonostante non vi sia un'articolazione rigida e vincolante ex art. 97 d.lgs. n. 50/2016 del procedimento e del contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia, l'amministrazione **deve, comunque, a seconda del caso concreto, chiedere ulteriori**

chiarimenti all'impresa interessata, specialmente nel caso in cui, a fronte di un'offerta che si presumeva congrua ai sensi di legge, la stazione appaltante ritenga non sufficienti i chiarimenti presentati.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 299 del 2021, proposto da Notaro Group Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Manelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Rutigliano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Gagliardi La Gala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.U.C. Rutigliano, Noicattaro e Mola di Bari, non costituita in giudizio;

nei confronti

Elettricisti San Giuseppe Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Violante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vito Gassi di Carmine Esposito & C. S.a.s. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 28 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di Rutigliano e di Elettricisti San Giuseppe

Società Cooperativa;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 24 giugno 2021, tenuta con le modalità previste dagli artt. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Manelli e Violante, in collegamento da remoto;

Preso atto del deposito delle note, formulate ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d.l. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d.l. 137/2020, convertito in l. 176/2020, dal d.l. 183/2020, convertito in l. 21/2021, nonché dall'art. 6 d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021, è data la presenza dell'avvocato Gagliardi La Gala;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Notaro Group Servizi S.r.l. partecipava alla procedura concorsuale bandita dalla Centrale Unica di Committenza fra i comuni di Rutigliano, Noicattaro e Mola di Bari per l'affidamento dei servizi cimiteriali e luce votiva del comune di Rutigliano per una base d'asta di euro 703.871,48 e per una durata temporale di anni cinque, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo e determinata ex art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, con applicazione del criterio qualità per 80 punti e del criterio del prezzo per i restanti 20 punti.

La Società risultava essere la migliore offerente con punteggio di 87,679, di cui 67,679 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, mentre in seconda posizione si collocava la costituenda ATI Elettrocisti di San Giuseppe Società cooperativa con 83,138 punti, di cui 80 per l'offerta tecnica e 3,138 per l'offerta economica. Non vi erano altri concorrenti.

Nonostante l'offerta di Notaro non superasse la soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 97, comma 3, cod. proc. amm., con nota prot. n. 5563 del 27 aprile 2020 il R.U.P. chiedeva alla concorrente aggiudicataria provvisoria di esplicitare le voci di cui si componeva la propria offerta, ritenendo non sufficiente il quadro economico presentato in sede di gara, chiedendo, in particolare, alla società di presentare le spiegazioni relative al dettaglio delle voci prezzo ed agli elementi di valutazione dell'offerta presentati in sede di gara; con nota dell'8 maggio 2020 Notaro Group S.r.l. provvedeva a trasmettere quanto richiesto. A seguito dell'analisi di tali precisazioni, il 28 maggio 2020, in seduta riservata, il R.U.P. e la commissione di gara concludevano nel ritenere che l'offerta presentata fosse anomala.

La stazione appaltante si determinava, dunque, nel senso di escludere l'appellante dalla gara e di aggiudicarla alla controinteressata.

Tale aggiudicazione veniva disposta in via definitiva con determinazione n. 95 del 29 giugno 2020, che veniva impugnata da Notaro unitamente agli altri atti di gara innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, che respingeva in parte il ricorso e, per il resto, lo dichiarava irricevibile con sentenza n. 28 del 2021, appellata per i seguenti motivi:

I) error in procedendo ed error in iudicando: violazione e falsa applicazione degli artt. 33 e 32 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016; omessa pronuncia; violazione dell'art. 69 della direttiva n. 2014/24/CE; violazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza in materia di giustificazione delle offerte; eccesso di potere per sviamento della funzione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa;

II) error in procedendo ed error in iudicando: violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; carenza assoluta di istruttoria; violazione della *par condicio* tra i concorrenti; abuso della funzione amministrativa.

L'appellante ha, altresì, insistito per l'annullamento ovvero per la declaratoria di inefficacia del contratto di affidamento del servizio, ove *medio tempore* stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., e per la condanna a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel consequenziale contratto; e, in subordine, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 cod. proc. amm.

Si sono costituiti per resistere all'appello il comune di Rutigliano ed Elettrocisti San Giuseppe Società cooperativa.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza del 24 giugno 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Notaro Group Servizi S.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia n. 28 del 2021 che ha in parte respinto e per il resto ha dichiarato irricevibile il suo ricorso per l'annullamento degli atti relativi all'esclusione dalla procedura di affidamento e all'aggiudicazione del servizio di gestione cimiteriale ed illuminazione votiva nel comune di Rutigliano all'ATI Elettrocisti San Giuseppe Società cooperativa.

La sentenza, dopo aver richiamato numerose massime della giurisprudenza in tema di giudizio di anomalia, ha statuito che: *“In definitiva, la verifica di anomalia operata dal seggio di gara si sottrae ai denunciati vizi perché, senza palesare manifesti sintomi di evidente irragionevolezza o illogicità, ha riguardato la totalità dell'offerta presentata dalla ricorrente ed ha valorizzato le*

voci di prezzo e le lavorazioni più significative per l'appalto da affidare, avuto riguardo alle sue caratteristiche, esprimendo un giudizio finale nel quale è dato conto delle ragioni poste a fondamento del giudizio di incongruità dell'offerta". Le censure dedotte contro l'ammissione in gara della controinteressata sarebbero, invece, irricevibili.

Per l'appellante l'offerta era sostenibile e complessivamente affidabile in tutte le sue voci, ed infatti non rientrava nelle ipotesi di valutazione obbligatoria di anomalia, ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016. Per questo, lamenta l'omissione di un ulteriore e necessario momento partecipativo, finalizzato ad ottenere una migliore specificazione delle voci di costo di cui si componeva la sua offerta, che sarebbe stata, invece, esclusa direttamente a seguito dell'esame dei chiarimenti presentati in adempimento alla richiesta del R.U.P., che contemplava ben diciannove voci di offerta. In relazione a tale ultimo profilo, lamenta anche un'omissione di pronuncia.

L'appellante chiede, in conclusione, anche il riesame delle giustificazioni della propria offerta attraverso la nomina di un verificatore esterno che possa valutare con la necessaria indipendenza ed imparzialità le giustificazioni rese - e se del caso ancora da rendere - e conseguentemente l'attendibilità e la sostenibilità della sua offerta.

Per l'amministrazione appellata e per la controinteressata, invece, il quadro economico presentato dall'appellante in sede di giustificazioni sulla presunta anomalia dell'offerta risulta ampiamente modificato rispetto a quanto dichiarato in sede di partecipazione alla gara; proprio le considerevoli modifiche apportate al quadro economico dichiarato in sede di presentazione delle offerte, non supportate da alcuna motivazione, avrebbero indotto la stazione appaltante a ritenere che l'offerta economica presentata nel complesso fosse anomala.

L'appello è fondato in relazione al dedotto vizio procedimentale che concerne la lesione delle garanzie partecipative dell'appellante poste in essere dalla stazione appaltante in sede di procedimento facoltativo di valutazione dell'anomalia dell'offerta, censura di cui è stato totalmente omesso l'esame nel giudizio di prime cure.

Ed invero, deve, innanzitutto, evidenziarsi che l'offerta di Notaro, prima classificata, è stata ritenuta sospetta di anomalia pur non rientrando nelle ipotesi di cui all'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Proprio in considerazione del fatto che l'offerta di Notaro non era anomala ai sensi di legge, ma era solo sospetta di anomalia, l'amministrazione avrebbe dovuto permettere all'appellante di apportare nell'ambito procedimentale eventuali ulteriori chiarimenti, nella piena consapevolezza di quali fossero i punti principali di criticità a motivo del sospetto della stazione appaltante. Invece, in seguito ai chiarimenti dell'8 maggio 2020 resi da Notaro Group in risposta all'unica richiesta del R.U.P. del 27 aprile precedente, la commissione di gara ha disposto l'esclusione della Società senza dar corso ad un ulteriore e necessario momento partecipativo, finalizzato ad ottenere una migliore specificazione delle voci di costo di cui si componeva un'offerta che, si sottolinea nuovamente, era congrua ai sensi di legge.

Al cospetto di tale tipo di offerta la commissione aveva l'obbligo di richiedere all'appellante un

ulteriore apporto partecipativo, in omaggio ai principi di buon andamento, di imparzialità e di leale collaborazione che devono caratterizzare l'azione dell'amministrazione pubblica.

La circostanza che l'ulteriore fase di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non sia più prevista come obbligatoria in ogni caso dal vigente art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, che non articola più il contraddittorio inerente la valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedimentali, non esclude che la stazione appaltante non sia tenuta alla richiesta di ulteriori chiarimenti quando le circostanze concrete lo richiedano, come nella fattispecie in questione, in cui, a fronte di un'offerta che si presumeva congrua ai sensi di legge, la stazione appaltante ha ritenuto non sufficienti i chiarimenti presentati.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado per il vizio procedimentale di cui in motivazione, con l'ordine all'amministrazione di porre in essere le necessarie determinazioni in adempimento dell'obbligo conformativo che discende dalla presente pronuncia.

Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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