

Sul rapporto tra offerte c.d. “ex aequo”, economiche migliorative ex art. 77 R.D. n. 827/1924 e rispetto delle soglie di anomalia

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 16-2-2023

Non è legittima l'aggiudicazione di una gara telematica, secondo il criterio del prezzo più basso ad inversione procedimentale, nel caso in cui: (i) la lex specialis preveda la esclusione automatica di tutte quelle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi della disciplina di gara; (ii) i concorrenti siano risultati a pari merito e/o “ex aequo”, avendo effettuato la medesima percentuale di ribasso; (iii) l'Amministrazione, a seguito della presentazione delle offerte economiche migliorative, abbia disposto l'aggiudicazione omettendo di escludere un'offerta palesemente superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara.

Guida alla lettura

Il TAR Lazio, nella sentenza breve in commento, ha evidenziato che è illegittima l'aggiudicazione di una **gara telematica** (in specie, per l'affidamento di un appalto di lavori), secondo il criterio del **prezzo più basso** ad inversione procedimentale, nel caso in cui: a) la *lex specialis* preveda l'esclusione automatica di tutte quelle offerte che presentano una **percentuale di ribasso** pari o superiore alla **soglia di anomalia** individuata ai sensi della disciplina di gara; b) tre concorrenti siano risultati a pari merito e/o “**ex aequo**”, avendo effettuato la medesima percentuale di ribasso; c) l'Amministrazione abbia inoltrato agli stessi concorrenti, ex art. 77 del R.D. n. 827/1924, una richiesta di **offerta economica migliorativa**; d) a seguito della presentazione di tali offerte economiche migliorative, l'Amministrazione abbia disposto l'aggiudicazione **omettendo di escludere** un'offerta palesemente superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara.

Più nel dettaglio, il giudice di *prime cure* ha chiarito che, benché la giurisprudenza ritenga ancora vigente ed applicabile il disposto dell'articolo dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924 nelle gare al massimo ribasso, tale disposizione deve essere applicata «*nel rispetto dei principi che regolano le procedure aperte che hanno subito una profonda evoluzione rispetto a quelli che regolavano le aste*».

In particolare, secondo il TAR, la procedura oggetto della presente controversia «*prevedeva l'esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia determinata ai*

*sensi della lex specialis». Nel richiedere l'offerta migliorativa alle concorrenti ex aequo, essa non ha proceduto a determinare una **soglia di anomalia indipendente** da quella della procedura principale né a dettare una disciplina specifica per la fase suppletiva, con la conseguenza che «dovevano ritenersi applicabili le **previsioni del bando** concernenti tanto la determinazione della soglia di anomalia tanto l'esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia determinata in sede di gara», che era l'unica conosciuta dalle concorrenti.*

Il Collegio ha infatti evidenziato che la prescrizione contenuta nella nota trasmessa alle concorrenti ex aequo di indicare la percentuale di ribasso "con n. 5 cifre decimali" era idonea a consentire il confronto concorrenziale seppure in un range limitato di possibile ribasso.

Inoltre, il TAR ha rilevato che laddove non fossero pervenute offerte migliorative ovvero tutte le offerte pervenute fossero state pari o superiori alla soglia di anomalia determinata in sede di gara, «la stazione appaltante avrebbe potuto procedere con il sorteggio, come previsto dalla medesima disposizione richiamata dal disciplinare di gara».

Alla luce di quanto sopra, dunque, il Giudicante ha ritenuto che la previsione di un meccanismo di risoluzione dei casi di ex aequo, non può tradursi nella elusione della *lex specialis* e nella conseguente violazione della **par condicio** tra gli offerenti. In sostanza, «nel caso in cui anche l'offerta della ricorrente fosse pari o superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara», la stazione appaltante dovrebbe parimenti escluderla e procedere al sorteggio tra le offerte ex aequo. Mentre, «laddove l'offerta della ricorrente fosse inferiore alla soglia di anomalia in precedenza determinata», la stazione appaltante dovrebbe procedere all'aggiudicazione in favore dell'unica offerta migliorativa rimasta in gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 16754 del 2022, proposto da

D.L.C. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dall'avvocato Silvio Dell'Aversano, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto in Aversa, via Filippo Saporito;

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanna Albanese, con domicilio digitale come in atti;

nei confronti

La Vittoria S.r.l., Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

a) della Determinazione dirigenziale n. R.U. 3462 del 24.11.2022, comunicata a mezzo PEC in data 28.11.2022, del Dirigente del Servizio – Città metropolitana di Roma – Dipartimento I - Politiche educative: edilizia scolastica Servizio 3 - Progettazione, direzione lavori, manutenzione e ristrutturazione dell'edilizia scolastica. Zona Nord - DPT0103, che dispone l'aggiudicazione della procedura di gara a favore della La Vittoria S.r.l.;

b) del verbale in data 7.11.2022 della Commissione di gara e, per quanto occorra, della nota adottata e trasmessa in pari data richiedente un'offerta migliorativa;

c) della nota dell'11.11.2022, a firma del Responsabile U.O. "SUA – Edilizia Scolastica, Servizi e Forniture";

d) di ogni altro atto comunque connesso e/o presupposto e/o consequenziale;

e) per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more della decisione del presente ricorso, e la dichiarazione del diritto della ricorrente a subentrarvi ed al risarcimento dei danni conseguenti alla mancata esecuzione (parziale od integrale) dei lavori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 la dott.ssa Giovanna Vigliotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "PA ESF66/22/13 I.I.S. "P. BAFFI" Sede - Via Bezzi 51/53 - Fiumicino - Rifacimento tratti fognari, ristrutturazione pareti divisorie lesionate, bonifica umidità di risalita visibile all'interno della struttura scolastica. Rifacimento intonaci ammalorati. Demolizione e rifacimento gradinate palestre per messa a norma ai fini antincendio - "Finanziato dall'Unione Europea - NextGeneration EU" M4C1 INV 3.3 – CIA EN 21 0157 P- CUP F17H20005620001 - CIG 9415992269", gestita sul portale gare telematiche della Città Metropolitana di Roma Capitale.

2. Il criterio previsto per l'affidamento della gara era quello del minor prezzo ad inversione procedimentale, inferiore all'importo complessivo posto a base di gara di € 554.371,38, di cui € 11.777,56 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. Il disciplinare di gara prevedeva l'esclusione automatica di tutte quelle offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi della disciplina di gara.

3. All'esito dell'esame delle offerte economiche presentate, tre concorrenti (fra i quali la ricorrente e la controinteressata) sono risultati primi in graduatoria con il medesimo ribasso di 31,01000 %. Sicché, come previsto dal disciplinare di gara, nella medesima seduta si è proceduto, ai sensi dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924, a richiedere ai concorrenti risultati a pari merito un'offerta economica migliorativa.

4. La stazione appaltante trasmetteva ai concorrenti la seguente richiesta: *"In considerazione del medesimo ribasso presentato da più di un concorrente primo in graduatoria, si richiede offerta migliorativa espressa in ribasso percentuale con n. 5 cifre decimali, da presentare tramite documento firmato digitalmente dal legale rappresentante dell'impresa. Detta offerta dovrà pervenire entro le ore 10.50 in data odierna"*.

5. La ricorrente inviava la propria offerta nelle forme, modalità e termini suindicati e, quindi, con n. 5 cifre decimali, proponendo un ribasso del 31,01963%. La controinteressata, La Vittoria S.r.l., trasmetteva un'offerta espressa con sole n. 3 cifre decimali, pari a 35,001%. La terza concorrente non presentava offerta migliorativa.

6. All'esito della seduta la Commissione di gara, esaminate le offerte migliorative pervenute nei termini concessi, adottava la proposta di aggiudicazione della gara alla La Vittoria S.r.l. con un'offerta migliorativa di 35,001%, mentre la ricorrente risultava seconda con un'offerta migliorativa di 31,01963%.

7. Avverso tale determinazione, la ricorrente insorge con la presente impugnativa ritenendo che l'offerta della controinteressata dovesse essere esclusa in quanto palesemente al di sopra superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara.

8. Si è costituita in giudizio la sola stazione appaltante, argomentando circa la legittimità del provvedimento di aggiudicazione ritenendo che l'offerta migliorativa necessariamente dovesse essere superiore alla soglia di anomalia determinata in sede di gara.

9. Alla camera di consiglio dell'11 gennaio 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la causa veniva trattenuta in decisione, previo avviso alle parti in ordine alla possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi del combinato disposto degli artt. 60 e art. 120, comma 6, c.p.a.

10. Il Collegio ritiene dirimente ai fini della definizione della presente controversia la circostanza non contestata che l'offerta dell'aggiudicataria fosse superiore alla soglia di anomalia determinata in sede di gara.

11. Si rileva che, benché la giurisprudenza ritenga ancora vigente ed applicabile il disposto dell'articolo dell'art. 77 del R.D. n. 827/1924 nelle gare al massimo ribasso, tale disposizione deve essere applicata nel rispetto dei principi che regolano le procedure aperte che hanno subito una profonda evoluzione rispetto a quelli che regolavano le aste.

12. In particolar modo, la procedura oggetto della presente controversia prevedeva l'esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia determinata ai sensi della *lex specialis*. Nel richiedere l'offerta migliorativa alle concorrenti *ex aequo* non ha proceduto a determinare una soglia di anomalia indipendente da quella della procedura principale né a dettare una disciplina specifica per la fase suppletiva, con la conseguenza che dovevano ritenersi applicabili le previsioni del bando concernenti tanto la determinazione della soglia di anomalia tanto l'esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia determinata in sede di gara, che era l'unica conosciuta dalle concorrenti.

13. D'altro canto, la prescrizione contenuta nella nota trasmessa alle concorrenti *ex aequo* di indicare la percentuale di ribasso con n. 5 cifre decimali era idonea a consentire il confronto concorrenziale seppure in un *range* limitato di possibile ribasso.

14. Inoltre, si rileva che laddove non fossero pervenute offerte migliorative ovvero tutte le offerte pervenute fossero state pari o superiori alla soglia di anomalia determinata in sede di gara, la stazione appaltante avrebbe potuto procedere con il sorteggio, come previsto dalla medesima disposizione richiamata dal disciplinare di gara.

15. Il Collegio ritiene che la previsione di un meccanismo di risoluzione dei casi di *ex aequo*, non può tradursi nella elusione della *lex specialis* e nella conseguente violazione della *par condicio* tra gli offerenti.

16. Il provvedimento impugnato deve, pertanto, essere annullato: la stazione appaltante avrebbe dovuto, in applicazione della regola contenuta nella *lex specialis*, escludere l'offerta della controinteressata in quanto palesemente superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara.

17. Di conseguenza, nel caso in cui anche l'offerta della ricorrente fosse pari o superiore alla soglia di anomalia determinata nella precedente fase della gara, la stazione appaltante dovrebbe parimenti escluderla e procedere al sorteggio tra le offerte *ex aequo*. Mentre, laddove l'offerta della ricorrente fosse inferiore alla soglia di anomalia in precedenza determinata, la stazione appaltante dovrebbe procedere all'aggiudicazione in favore

dell'unica offerta migliorativa rimasta in gara.

18. In ragione della peculiarità della controversia, il Collegio ritiene di compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023.