

# Discrezionalità e facoltatività della verifica della congruità dell'offerta nelle procedure d'affidamento di contratti infrasoglia

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 5-4-2024

*In caso di procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'affidamento di un contratto di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, aggiudicato con il criterio del prezzo più basso e privo di interesse transfrontaliero certo, non trova applicazione l'art. 110 D. Lgs. 36/2023, bensì l'art. 54 D. Lgs 36/2023, che stabilisce che le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, «qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque».*

*Sussiste una ampia discrezionalità in ordine alla scelta di procedere, o no, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione, né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604).*

## Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

### sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

ex articolo 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 284 del 2024, proposto da Service Point S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG Z943D0121D, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Anzuoni e Vittorio Manganelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **contro**

Ministero della Giustizia, Casa Circondariale di Ariano Irpino, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, non costituito in

giudizio;

***nei confronti***

Empire S.r.l.S. e G.V. Impianti S.r.l.S., non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione, dei seguenti atti e provvedimenti:*

1. provvedimento del 12/12/2023 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria-Direzione della Casa Circondariale di Ariano Irpino "Pasquale Campanello" di aggiudicazione provvisoria in favore di Empire s.r.l.s. della gara MEPA n. 3813193(CIG Z943D0121D) per l'affidamento per il termine di 1 anno del servizio di manutenzione dell'impianto elettrico, di climatizzazione e di videosorveglianza presso la predetta Casa Circondariale;
2. provvedimento del 21/12/2023 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria-Direzione della Casa Circondariale di Ariano Irpino "Pasquale Campanello" di aggiudicazione definitiva in favore di Empire s.r.l.s. della gara MEPA n. 3813193 (CIG Z943D0121D) per l'affidamento per il termine di 1 anno del servizio di manutenzione dell'impianto elettrico, di climatizzazione e di videosorveglianza presso la predetta Casa Circondariale;
3. ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, antecedente o successivo, anche se istruttorio e/o consultivo, connesso e/o consequenziale, ivi compresi, ove occorrer possa, gli atti di gara, nella parte in cui non escludono la prima e la seconda classificata per carenza documentale delle loro domande di partecipazione, nonché il contratto relativo alla gara d'appalto per cui è causa stipulato tra il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria-Direzione della Casa Circondariale Ariano Irpino "Pasquale Campanello" ed Empire s.r.l.s. ed, ancora, la nota prot. n. 739 del 22/1/2024 del Direttore della prefata Casa Circondariale di riscontro alla istanza del ricorrente di opposizione all'aggiudicazione della gara, il tutto con richiesta di subentro della ricorrente nel contratto con il soggetto aggiudicatario, previa dichiarazione d'inefficacia dello stesso ex articoli 121 e/o 122 del cod. proc. amm. e condanna della P.A. ad adottare i provvedimenti di esclusione della prima e della seconda classificata laddove i vizi dedotti non implicino l'obbligo di rinnovare l'intera procedura di gara ovvero, in via subordinata, ove in corso di causa la pretesa al conseguimento di tale bene della vita dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa della odierna ricorrente, con richiesta di condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e della Casa Circondariale di

Ariano Irpino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 la dott.ssa Rosa Anna Capozzi e uditi per le parti i difensori Anzuoni Luca, Manganeli Vittorio, Caprio Maria Elena (Avvocatura dello Stato);

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

1. Con atto notificato il 12 febbraio 2024 e depositato il successivo 25 febbraio 2024, la Service Point s.r.l. ha impugnato gli atti della procedura di gara MEPA, indetta dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria- Direzione della Casa Circondariale di Ariano Irpino "Pasquale Campanello", per l'affidamento per il termine di un anno del servizio di manutenzione dell'impianto elettrico, di climatizzazione e di videosorveglianza presso la predetta Casa Circondariale, esponendo che:

- ha preso parte alla suddetta procedura di gara e si è classificata terza (offerta per € 17.400,00), dopo la G.V. Impianti s.r.l.s. (offerta per € 7.000, seconda classificata) ed Empire s.r.l.s. (offerta per € 3.509,93);

- la procedura di gara prevedeva come criterio di aggiudica quello del minor prezzo;

- con provvedimento di aggiudica provvisoria del 12 dicembre 2023 e, poi, con aggiudica definitiva e stipula del 21 dicembre 2023, è stato affidato il servizio alla Empire s.r.l.s.;

- con istanza del 18 dicembre 2023 ha richiesto l'accesso agli atti di gara, acquisiti in copia in data 18 gennaio 2024;

- ha contestato a mezzo pec, in data 18 gennaio 2024, l'aggiudicazione definitiva in favore della Empire s.r.l.s., nonché la mancata esclusione di G.V. Impianti s.r.l.s.;

- ha ricevuto nota di risposta dall'amministrazione, in data 22 gennaio 2024, con la quale ha sostenuto la legittimità degli atti di gara;

- con diffida legale del 24 gennaio 2024, ha reiterato la contestazione del provvedimento di aggiudicazione in favore di Empire s.r.l. e la mancata esclusione dalla gara di quest'ultima e della seconda classificata G.V. Impianti s.r.l.s.

1.1. Il ricorso è affidato a tre motivi così di seguito rubricati: I. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 3 l. n. 241/90. Violazione e falsa applicazione degli articoli 110, comma 5 lett. c) e d), 41 comma 13 del d. lgs. n. 36/2023. eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 Cost.; II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 3 l. n. 241/90. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 104

del d.lgs. n. 36/2023. eccesso di potere. Abnormità. violazione dell'articolo 97 Cost. e del principio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.; III. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 3 l. n. 241/90. Violazione e falsa applicazione degli articoli 99 comma 2 e 100 comma 1 lett. c) del d. lgs. n. 36/2023. Carezza di un requisito di ordine speciale nella domanda dell'aggiudicataria. omessa esclusione della seconda classificata per conclamata carezza documentale nella sua domanda. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione del articolo 97 Cost.

1.2. Gli intimati Ministero della Giustizia e Casa Circondariale di Ariano Irpino si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, eccependone la sua infondatezza.

1.3. Alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare è stato dato avviso alle parti in ordine all'eventuale definizione della causa con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm.

1.4. All'esito della discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il Collegio, ravvisando nel caso di specie i presupposti per l'adozione di una sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm., ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per tardività, discussa all'udienza in camera di consiglio, in quanto lo stesso è in parte infondato e, nella restante parte, improcedibile.

3. Occorre premettere che la Service Point s.r.l. non ha proposto motivi di gravame dal cui accoglimento possa scaturire l'annullamento radicale della procedura e la ripetizione della stessa, avendo piuttosto fatto valere come unico interesse in giudizio quello all'aggiudicazione, coltivato mediante censure volte a rilevare l'illegittimità dell'ammissione alla procedura delle prime due imprese in graduatoria. Ne consegue che la ricorrente, in quanto terza classificata nella gara, potrà conseguire il soddisfacimento di detto interesse solo ove risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle spese nei confronti della seconda graduata. Solo in tal modo, invero, potrebbe divenire aggiudicataria dell'appalto e ottenere un effetto utile dall'accoglimento del proprio gravame. Pertanto, laddove il Tribunale accerti la regolarità della posizione di una delle due concorrenti collocate in posizione peggiore, verrebbe meno l'interesse della parte ricorrente a contestare l'ammissione alla gara dell'altra partecipante classificatasi in posizione a essa sovraordinata.

3.1. Sul punto, la giurisprudenza ha sostenuto che la terza classificata può efficacemente coltivare, attraverso il giudizio, l'utilità dell'aggiudicazione solo in quanto dimostri l'illegittimità del posizionamento delle due imprese che l'hanno preceduta in graduatoria, salva la piena ammissibilità delle censure che tendono ad invalidare l'intera procedura, poiché, attraverso di esse, è coltivato un interesse diverso da quello all'aggiudicazione, *sub specie* strumentale alla riedizione dell'intera gara. Il principio costituisce espressione di quello più generale dell'interesse ad agire, indefettibile condizione dell'azione che nel processo amministrativo si collega alla lesione della posizione giuridica del soggetto e sussiste qualora sia individuabile un'utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento. Alla luce di tali principi, il ricorso avverso il provvedimento d'aggiudicazione non solo è inammissibile in

radice se non contiene doglianze dirette nei confronti di tutti gli operatori collocati in graduatoria in posizione migliore del ricorrente, ma neppure può trovare accoglimento nel caso di rigetto di tutte le censure avverso uno di tali controinteressati, la cui posizione peggiore si consoliderebbe pregiudicando di per sé la possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita perseguito (cfr., T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 08 novembre 2022, n. 2878; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 19 febbraio 2021, n. 308).

4. Tanto premesso, il Collegio procede allo scrutinio della posizione della prima classificata, Empire s.r.l.s.

5. Con il primo motivo, la ricorrente sostanzialmente contesta la mancata valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria da parte della stazione appaltante, in quanto:-  
indicherebbe una percentuale sui costi da sostenere dall'azienda in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro nella misura del 3% dell'importo offerto (€ 3.509,93), pari ad appena € 105 e, quindi, sarebbe incongrua rispetto all'entità ed alle caratteristiche del servizio *de quo*; -  
riporterebbe un'offerta di € 3.509,93, che comprimerebbe abnormemente non solo i costi per la sicurezza ma anche i costi del lavoro, tenendo conto che il numero di ore richieste dal bando è di n. 36 ore mensili.

5.1. La censura è infondata.

5.2. In punto di diritto, va precisato che la disciplina ora contenuta nell'articolo 110 del d.lgs. 36/2023, richiamata da parte ricorrente, non trova applicazione nella procedura *de qua*, in quanto trattasi di procedura di gara sotto-soglia per la quale si applicano le specifiche norme contenute nel Libro II, Parte I del nuovo Codice dei contratti pubblici. Ed invero, «*anche in considerazione della differente qualificazione richiesta per lo svolgimento di procedure relative a contratti di importo superiore e inferiore alle soglie europee, si è optato per una disciplina differenziata tra i due sistemi*» (così la Relazione del Consiglio di Stato allo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, *sub* articolo 110).

5.3. Va, infatti, applicata la nuova norma contenuta nell'articolo 54 del d.lgs. 36/2023, che stabilisce che, ove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e non presentino un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, «*qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*».

5.4. Nella fattispecie in esame, non è stata prevista tale clausola nella lettera di invito rimanendo, quindi, nella facoltà della stazione appaltante di procedere o meno alla verifica facoltativa della congruità dell'offerta. Si ricorda, a questo proposito, che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che le stazioni appaltanti dispongono di una discrezionalità ampia con riguardo alla scelta di procedere, o no, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione, né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604).

5.5. Orbene, l'amministrazione resistente ha dedotto di non aver proceduto alla verifica di anomalia in quanto l'Empire s.r.l.s., già aggiudicataria del servizio in argomento nell'anno precedente, dà esecuzione al contratto senza avvalersi di personale dipendente, provvedendo al servizio di conduzione e manutenzione ordinaria dell'impianto elettrico, dei condizionatori d'aria, dei gruppi elettrogeni e della video sorveglianza nella persona di uno dei due soci. Tale motivazione, supportata *per tabulas* da quanto risulta dalla visura camerale della società aggiudicataria, che non riporta addetti e/o dipendenti, non risultando inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, è, quindi, sottratta al sindacato del giudice amministrativo essendo preclusa all'organo giurisdizionale, al di là dei menzionati confini, la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (v., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 802).

6. Con il secondo motivo, la ricorrente contesta la mancata indicazione da parte dell'aggiudicataria - nella sua domanda di partecipazione - della scelta dell'avvalimento e il mancato deposito del relativo contratto per lo svolgimento dell'attività di manutenzione degli impianti di riscaldamento e climatizzazione. Tale motivo va esaminato congiuntamente alla terza censura relativa all'asserita carenza in capo all'aggiudicataria della capacità tecnico/professionale per espletare il servizio di manutenzione degli impianti di riscaldamento e climatizzazione di cui al D.M. 37/2008 lett. c).

6.1. Le censure sono entrambe non meritevoli di accoglimento.

6.2. Ed invero, nella lettera di invito, non espressamente impugnata da parte ricorrente, tra i requisiti di partecipazione non sono richiamati requisiti di ordine speciale e, quanto, al personale dipendente si legge che *«la ditta farà conoscere all'Amministrazione il nome delle persone alle quali intende affidare i lavori e riconoscerà all'amministrazione stessa la facoltà di far escludere quelle che non siano di proprio gradimento»*.

6.3. Ne discende che l'indicazione del personale affidatario dei lavori di manutenzione è stato strutturato dalla *lex specialis* quale requisito di esecuzione e non quale requisito di partecipazione, sicché alcuna efficacia escludente può attribuirsi alla mancanza di personale addetto o alla mancata indicazione dell'avvalimento di personale altrui. Né alcuna efficacia escludente, in assenza di espressa clausola sul punto, può, invero attribuirsi alla carenza dell'abilitazione di cui al D.M. 37/2008 lett. c).

7. In definitiva, essendosi rilevata l'infondatezza delle censure svolte avverso la prima classificata e aggiudicataria della gara, la ricorrente viene a trovarsi nella condizione di non poter conseguire alcun effetto utile in virtù di un'eventuale pronuncia che dovesse accertare l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della seconda graduata, in quanto resterebbe ferma l'aggiudicazione in favore della prima classificata.

7.1. Il ricorso nella parte relativa alla mancata esclusione della seconda graduata, è, quindi, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

8. Conclusivamente, il ricorso è in parte infondato e per il resto improcedibile.

9. Le spese, tuttavia, possono essere, in via d'eccezione, compensate in ragione della peculiarità della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e per il resto lo dichiara improcedibile.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Rosa Anna Capozzi, Referendario, Estensore

### **Guida alla lettura**

La sentenza del Tar Campania, Salerno, chiarisce i limiti e i presupposti della verifica della congruità della offerta sanciti dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Il D. Lgs. 36/2023, infatti, non presenta una disciplina unica dell'istituto, ma variabile a seconda delle caratteristiche del contratto oggetto di affidamento.

Il Collegio, innanzitutto, evidenzia che in caso di procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'affidamento di un appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, aggiudicato con il criterio del prezzo più basso e privo di interesse transfrontaliero certo, non trova applicazione l'art. 110, bensì l'art. 54; quest'ultimo consente alle Stazioni appaltanti di stabilire negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte anomale qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Come sottolineato nella Relazione del Consiglio di Stato allo Schema definitivo del nuovo Codice, il legislatore ha optato per una regolamentazione differenziata dei contratti infrasoglia rispetto a quelli soprasoglia anche in considerazione della diversa qualificazione richiesta per lo svolgimento delle relative procedure. Sul punto, giova rammentare che la Direttiva 2014/24/EU, in linea con quanto stabilito dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, preclude effetti "espulsivi" automatici, salvo per appalti non di interesse transfrontaliero.

La norma menzionata rappresenta una novità rispetto al sistema legislativo previgente (il D. L. 76/2020), giacché l'esclusione automatica è una facoltà non un obbligo.

Il committente pubblico, pertanto, può anche decidere di non inserire nella *lex specialis* clausole che determinino un effetto escludente automatico, residuando, in ogni caso, la possibilità della verifica facoltativa della congruità dell'offerta. Essa, però, come rende evidente l'aggettivo, è espressione di una discrezionalità ampia, che connota non soltanto il provvedimento finale, ossia la decisione di escludere (o non escludere) l'operatore economico, ma anche la scelta di procedere, o no, alla verifica. Il ricorso all'istituto, dunque, non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato soltanto se sia del tutto irragionevole e conseguenza di un decisivo errore di fatto.

Come si evince dalla pronuncia in esame, anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici la verifica della congruità della offerta postula l'esercizio (plurimo) di un potere discrezionale nella p.a., in particolare in caso di appalto sottosoglia e privo di interesse transfrontaliero: la Stazione appaltante **può** inserire clausole di esclusione automatica, **può** verificare la congruità dell'offerta consentendo all'operatore economico di fornire le spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti e, all'esito, **può** ( e in alcune ipotesi deve) escludere l'impresa.