

Le fasi del subprocedimento di verifica dell'anomalia

di Oreste Masi

Data di pubblicazione: 15-7-2024

“...il subprocedimento di verifica dell'anomalia, dal punto di vista della strutturazione del potere, non si discosta dall'archetipo della funzione tecnico-discrezionale, nel senso che ben può essere articolato in tre fasi logicamente sequenziali. Innanzitutto, vi è una fase, tipicamente istruttoria, costituita dall'acquisizione da parte della stazione appaltante di elementi documentali e fattuali, necessari per comprendere come l'offerta dell'operatore economico sia stata costruita; tale fase implica un dialogo endoprocedimentale tra stazione appaltante ed impresa e si articola, nella maggior misura, nell'acquisizione di elementi economici, contabili ed aziendali idonei a dare conto delle ragioni costitutive della proposta formulata in termini di sostenibilità economica, avuto riguardo ai costi da sostenere, in specie quelli per la manodopera, ed alla specificità dell'oggetto di affidamento. La fase successiva è quella valutativa e rientra nella sfera di autonomia della stazione appaltante, che deve apprezzare se gli elementi acquisiti sono idonei e sufficienti ed in caso negativo, retrocedere riaprendo il dialogo con l'operatore economico. Infine, vi è il giudizio che chiude il subprocedimento di anomalia, in cui la stazione appaltante decide se l'offerta dell'operatore economico soggetta a verifica sia o meno congrua...”.

N. 03633/2024
REG.PROV.COLL.

N. 01247/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1247 del 2024, proposto da Società Coop. Sociale New Food a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D. Aooaed6849, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Pennetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casandrino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società La Mediterranea Società Cooperativa, non costituita in giudizio

per l'annullamento

della determina reg. gen. n. 486 del 23.11.2023 del Comune di Casandrino

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Casandrino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2024 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società Coop. Sociale NEW FOOD a r.l. ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 486 del 23 novembre 2023 del Comune di Casandrino con cui è stato aggiudicato a La Mediterranea Società Cooperativa il servizio annuale di refezione scolastica della Scuola Materna per l'anno scolastico 2023/24. Alla gara hanno partecipato quattro ditte.

La ricorrente si era classificata prima nella graduatoria stilata all'esito dell'esame delle offerte. La sua offerta è stata sottoposta a verifica di anomalia, del cui esito negativo la ricorrente ha avuto notizia soltanto mediante la consultazione dell'Albo Pretorio del Comune, sul quale era stata pubblicata la determinazione n. 486/2023 con cui il Comune ne ha disposto l'esclusione, con contestuale affidamento del servizio in favore della Soc. Coop. La Mediterranea. Solo il successivo 5 febbraio 2024, a seguito di accesso agli atti, la ricorrente afferma di essere venuta in possesso della nota del responsabile unico del procedimento n. 15746 del 16 novembre 2023, contenente le motivazioni della sua esclusione dalla gara.

Tanto premesso, con il mezzo in esame, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione della gara alla Soc. Coop. La Mediterranea, con un unico articolato motivo, mediante il quale sono state addotte le seguenti censure.

1. violazione e/o falsa applicazione art. 110 del D.Lgs. 36/2023, eccesso di potere sotto il profilo del grave difetto di istruttoria, erroneità manifesta, illogicità. La stazione appaltante avrebbe omesso di effettuare una verifica di congruità complessiva dell'offerta, essendosi il responsabile unico ad analizzare singole voci di costo, senza trarne le necessarie conseguenze in termini di sostenibilità dell'offerta.
2. Con. quanto alle singole considerazioni operate dal responsabile unico del procedimento sulle voci costitutive dell'offerta la ricorrente ha dedotto quanto segue.

a) Con riferimento al *“Punto 1) – 53 diete speciali proposte”* - rispetto al quale il responsabile unico del procedimento aveva rilevato che la grammatura proposta nei *“quadri settimanali”* fosse riferibile solo agli alunni della scuola materna e non della primaria, che le fatture prodotte erano parziali in riferimento ai prodotti indicati, oltre che aggiornate al 2022 e che non era stato possibile verificare il costo delle diete per celiaci o soggetti intolleranti - parte ricorrente evidenzia che il costo del pasto proposto in offerta sarebbe congruo, anche ove aggiornato alle fatture del 2024, essendovi una differenza di appena € 0,0904 (€ 0,973 - € 0,8826). Quanto alla omessa indicazione del costo per la scuola primaria parte ricorrente evidenzia che, tenuto conto dell'aumento del costo unitario nella misura del 18% rispetto al costo del pasto per la scuola dell'infanzia e della maggiorazione del 35% per i 29 docenti (per un totale di pasti giornalieri di 99 per la scuola primaria) si avrebbe un importo annuale di € 35.268,372, quindi per una differenza di € 6.530,912, che sarebbero ampiamente coperte da utile e riserve varie che ammontano ad € 47.236,07. Per quanto concerne il costo dei pasti dei celiaci ed intolleranti, parte ricorrente contesta che la stazione appaltante non avrebbe dimostrato la presenza nella popolazione scolastica di un numero rilevante di patologie tale da influire sul costo del pasto, che comunque non potrebbe superare il 2,5%, pari a 5 utenti; muovendo da tale dato e calcolando un maggior costo del pasto del 23 % e assumendo che tutti questi pasti sarebbero riferibili alla scuola primaria, il maggior costo sarebbe pari a €0,264 a pasto, importo che moltiplicato per 5 appartenenti alla categoria, darebbero un maggior importo annuo di appena €213,84.

b) Rispetto alla voce *«piano dei trasporti organizzato mediante l'utilizzo di due furgoni elettrici più un furgone di riserva»*, rispetto alla quale il responsabile unico del procedimento ha rilevato la mancata indicazione del costo del terzo furgone indicato in offerta come mezzo emergenziale, parte ricorrente ha evidenziato di essere in possesso di un furgone di scorta aziendale il cui costo sarebbe già presente, indipendentemente o meno della commessa; in ogni caso, i furgoni de quibus sono previsti in noleggio e, quindi, garantiti con sostituzione.

c) Quanto alle voci *«Menu aggiuntivi per ricorrenze speciali»* e *«omaggi agli alunni a Natale e Pasqua // Buffet Omaggio per 80 persone // Pranzo a sacco per la prima gita»* - rispetto alle quali, la stazione appaltante ha affermato, quanto ai primi, che non vi era prova che gli stessi costassero quanto il menu standard e, quanto ai secondi, che non era stato esplicitato il relativo costo, con conseguente impossibilità di valutarne l'incidenza sull'entità dell'offerta – parte ricorrente ha evidenziato che i menu aggiuntivi possono incidere per circa €1.300, calcolando € 100,00 in più per ogni giornata speciale e 800,00 euro in più per le giornate tradizionali (una al mese per 8 mesi). Detti costi sarebbero ampiamente coperti dalle somme previste come accontamenti nelle voci *“migliorie varie”* (€ 14.000,00) ed *“altri oneri da progetto tecnico”* (€ 4.500,00). Pure irrilevanti sarebbero le contestazioni afferenti agli omaggi,

trattandosi di costi di minima entità: invero, ogni strenna avrebbe un costo massimale di 75 centesimi, per cui: $0,75 \times 201 \times 2 = \text{€ } 301,50$; avuto riguardo al pranzo a sacco, per la maggior parte di essi si prevedono due panini imbottiti, acqua e succo di frutta per un costo massimo di € 2,00 per utente ($2,00 \times 201$), così per un totale di € 402,00; ancora, il buffet per 80 persone determina un costo massimo di € 12,00 per utente (calcolando rosticceria, pizzeria e bevande varie), per un totale di € 960,00. In conclusione il costo totale sarebbe di appena € 1.663.

d) Con riferimento alla voce «*impianto di microfiltrazione dell'acqua ed osmosi ogni 60 utenti*» parte ricorrente deduce che l'impianto rappresenterebbe un costo ammortizzabile in 5 anni, con incidenza di soli €2.000 annui; evidenzia, inoltre, che i costi di mercato per altri oggetti di fornitura stimati da responsabile unico del procedimento in misura maggiore di quanto indicato in offerta, non potrebbero comunque superare l'importo di € 12.218,96, che si colloca al di sotto dei €14.000 euro previsti in offerta per la voce "migliorie" e non intacca l'utile pari a € 35.736,07 e la riserva di € 4.500 prevista per l'offerta tecnica.

e) Avuto riguardo alla voce «*costi del personale e costi della sicurezza*» - per la quale il responsabile unico del procedimento ha rilevato sia la mancata indicazione di 15,2 ore settimanali relativi al responsabile del servizio ed al biologo nutrizionista, per un costo di €5.965,20, sia la mancata corrispondenza alle quotazioni di mercato dei costi per formazione, visite mediche e relazione del DVR – parte ricorrente, ha evidenziato, quanto alla prima contestazione che si tratta di figure strettamente aziendali, il cui costo incide sulle economie di scala, avendo una incidenza non superiore al 5%, quindi limitatamente a 200 pasti per Casandrino (ossia il 5% del totale di 4.000 pasti/die prodotti); avuto riguardo al maggior costo di altre voci inerenti al lavoro, parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante non avrebbe fornito alcun minimo principio di prova.

Si è costituito in giudizio il Comune di Casandrino che ha eccepito l'inammissibilità e dedotto circa l'infondatezza del ricorso

Alla camera di consiglio del 21 marzo 2024, la causa è stata cancellata dal ruolo cautelare su istanza di parte ricorrente.

All'udienza pubblica del 23 maggio 2024 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è meritevole di accoglimento.

Premette il Collegio che il subprocedimento di verifica dell'anomalia, dal punto di vista della strutturazione del potere, non si discosta dall'archetipo della funzione tecnico-discrezionale, nel senso che ben può essere articolato in tre fasi logicamente sequenziali.

Innanzitutto, vi è una fase, tipicamente istruttoria, costituita dall'acquisizione da parte della stazione appaltante di elementi documentali e fattuali, necessari per comprendere come l'offerta dell'operatore economico sia stata costruita; tale fase implica un dialogo endoprocedimentale tra stazione appaltante ed impresa e si articola, nella maggior misura, nell'acquisizione di elementi economici, contabili ed aziendali idonei a dare conto delle ragioni

costitutive della proposta formulata in termini di sostenibilità economica, avuto riguardo ai costi da sostenere, in specie quelli per la manodopera, ed alla specificità dell'oggetto di affidamento.

La fase successiva è quella valutativa e rientra nella sfera di autonomia della stazione appaltante, che deve apprezzare se gli elementi acquisiti sono idonei e sufficienti ed in caso negativo, retrocedere riaprendo il dialogo con l'operatore economico.

Infine, vi è il giudizio che chiude il subprocedimento di anomalia, in cui la stazione appaltante decide se l'offerta dell'operatore economico soggetta a verifica sia o meno congrua.

Ne discende che eventuali criticità della fase istruttoria di acquisizione degli elementi o un'errata valutazione ben potranno incidere negativamente sulla legittimità del giudizio, dal punto di vista del cattivo uso del potere tecnico discrezionale.

Nel caso di specie, dalla lettura del verbale di verifica dell'anomalia del 15 novembre 2023 emerge che il responsabile unico del procedimento ha riscontrato carenze nelle giustificazioni di alcune voci di costo che, a quel tempo, non potevano consentirgli di pervenire ad un convincente giudizio di incongruità dell'offerta.

Invero, quanto al punto 1) Diete speciali, si evidenziano dubbi (non a caso si impiega il modo verbale condizionale) circa il numero dei pasti rispetto alle grammature e sull'attualità dei costi rispetto alle fatture esibite dalla ricorrente e datate 2022, senza tuttavia giungere a verificare, o ipotizzare in concreto, che l'eventuale maggior costo avrebbe portato l'offerta in perdita. Allo stesso modo l'entità dei costi dei pasti per soggetti celiaci ed intolleranti è priva di ogni elemento in ordine all'effettività dell'aumento dei costi, ov'anche in misura percentuale.

Anche per la questione del costo del furgone di riserva nel verbale non si evince alcuna valutazione circa l'incidenza economica di una eventuale omissione in sede di giustifiche, restando un dato incerto ed insufficiente, allo stato, per giungere ad un adeguato giudizio di incongruità.

Allo stesso modo per la voce «*menu aggiuntivi per ricorrenze speciali*», nel verbale si ipotizza che i relativi costi non potrebbero essere uguali a quelli del menu standard, senza alcuna concreta motivazione a supporto di tale convincimento.

Allo stesso modo, per la voce «*omaggi agli alunni a Natale e Pasqua // Buffet Omaggio per 80 persone // Pranzo a sacco per la prima gita*», nel verbale di verifica non si rappresenta perché una tale omissione sarebbe stata certa ragione di anomalia dell'offerta. Inoltre, in relazione all'impianto di microfiltrazione, la stazione appaltante non ha tenuto conto dell'operatività del meccanismo di ammortamento.

Ancora, non erra parte ricorrente ove lamenta l'assenza di qualsiasi riferimento nel verbale impugnato alla provenienza dei dati di costo stimati dal responsabile unico del procedimento relativamente a beni di consumo ed attrezzature necessarie per lo svolgimento del servizio, il cui costo ammonterebbe a circa ventinovemila euro.

Infine, ugualmente privo di elementi di riscontro sono i maggiori costi rilevati per le voci inerenti al costo del lavoro, dovendo altresì ritenersi che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la concreta incidenza del costo delle due figure (responsabile del servizio ed biologo nutrizionista) ritenute non computate nel costo del lavoro, per un importo di €5.965,20, sia dal punto di vista di una possibile spiegazione in termini di organizzazione aziendale, sia in punto di effettiva incidenza sulla sostenibilità dell'offerta dal punto di vista economico.

In altri termini, il procedimento di verifica di anomalia nel caso in esame ha risentito sia di una carenza di istruttoria nell'acquisizione d'ufficio di elementi utili a conoscere l'attuale entità di alcuni costi di esercizio (che avrebbe reso necessaria un'idonea ulteriore interlocuzione con l'operatore economico volta ad accertare in modo esaustivo la ragione delle criticità rilevate nel verbale) sia di una valutazione complessiva della sostenibilità dell'offerta che, invece, sono state poste direttamente a sostegno di una valutazione, condizione che sola può giustificare l'esclusione del concorrente.

Conclusivamente, il ricorso è meritevole di accoglimento, con annullamento dei provvedimenti impugnati, dovendo la stazione appaltante procedere al riesercizio del potere di verifica di anomalia, alla luce delle considerazioni contenute nella presente sentenza.

Le spese seguono la soccombenza con condanna del Comune di Casandrino al relativo pagamento in favore di parte ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Condanna il Comune di Casandrino al pagamento delle spese processuali in favore di parte ricorrente nella misura di €2.000,00(duemila/00), oltre accessori di legge. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **5712** del 28 giugno 2024 il **TAR Campania** si è occupato **delle fasi del subprocedimento di anomalia delle offerte**.

*Per **offerta anomala** si intende un'offerta anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando e che, al contempo, suscita il sospetto della scarsa serietà dell'offerta medesima e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.*

Al pari di quanto previsto nel previgente art. 97 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.l. n. 76/2020 (l. conv. n. 120/2020), l'attuale Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) conferma la procedura di verifica delle offerte anomale negli appalti pubblici, con due modalità distinte.

Infatti, l'offerta ritenuta non attendibile può essere esclusa attraverso:

- **l'esclusione automatica delle offerte anomale:** prevista qualora la gara è affidata sulla base del massimo ribasso negli appalti sottosoglia UE e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. In tal ipotesi, l'anomalia dell'offerta è stabilita utilizzando criteri predeterminati e matematici. In questo caso, non è necessario avviare un procedimento di verifica formale, ma l'offerta può essere esclusa direttamente in base a tali criteri (art. 54 e allegato II.2);
- **l'esclusione con giudizio di non congruità dell'offerta:** in questa fattispecie di portata generale, il RUP avvia un subprocedimento in cui verifica l'anomalia dell'offerta. Durante questo processo, viene instaurato un contraddittorio con l'operatore economico per valutare la validità dell'offerta. Questa procedura comporta un approccio più dettagliato e coinvolge una valutazione più approfondita dell'offerta da parte della stazione appaltante, chiamata ad esprimere un giudizio complessivo sulla sua attendibilità e affidabilità, quindi sulla congruità dell'offerta presentata in gara (art. 110).

Il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ha pertanto come obiettivo l'accertamento dell'attendibilità e della serietà dell'offerta nel suo complesso, nonché della reale capacità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto nelle condizioni proposte.

Precipuamente tale subprocedimento è finalizzato ad accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta, sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta (*ex plurimis*, da ultimo: Cons. Stato, n. 5283/2021; Cons. Stato, n. 4867/2021; TAR Roma n. 8097/2021).

La verifica della congruità dell'offerta non ha, dunque, per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica ma mira ad accertare se in concreto essa, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, non risolvendosi in una caccia all'errore.

Il Tar Campania ha ricostruito, nella sentenza in esame in esame, le fasi in cui può essere suddiviso tale sub procedimento.

Invero, il Giudice amministrativo, nel precisare preliminarmente che tale attività è espressione del potere tecnico discrezionale, ha evidenziato che il sub procedimento può essere articolato in **tre fasi logicamente sequenziali**:

1. una prima **fase di natura istruttoria**, costituita dall'acquisizione da parte della stazione appaltante di elementi documentali e fattuali, necessari per comprendere come l'offerta dell'operatore economico sia stata costruita; tale fase implica un dialogo endoprocedimentale tra stazione appaltante e impresa e si articola, nella maggior misura, nell'acquisizione di elementi economici, contabili e aziendali idonei a dare conto delle ragioni costitutive della proposta formulata in termini di sostenibilità economica, avuto riguardo ai costi da sostenere, in ispecie quelli per la manodopera, e alla specificità dell'oggetto di affidamento;
2. una seconda **fase di natura valutativa**, che rientra nella sfera di autonomia della stazione appaltante, la quale deve apprezzare se gli elementi acquisiti sono idonei e sufficienti ed in caso negativo, retrocedere riaprendo il dialogo con l'operatore economico;
3. infine, una terza **fase** nella quale la stazione appaltante esprime il **giudizio di congruità o meno dell'offerta** con cui si chiude il subprocedimento di anomalia.