

TAR Campania, Sezione Quarta, Sentenza n. 3001 dell'8 maggio 2024

Appalti di servizi sotto soglia UE – Esclusione automatica offerte anomale – Legittima solo se prevista in lex specialis

Publicato il 08/05/2024

N. 03001/2024 REG.PROV.COLL.

N. 06119/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6119 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento/comunicazione recante la dizione “esclusione per anomalia”, non pervenuta della procedura ME.PA., di cui non si ha conoscenza nel contenuto;
- dell'intera procedura (ME.PA. RDO n. ...) d'appalto CIG: (...) “Richiesta di offerta per l'affidamento mediante RDO, ai sensi dell'art. 49 D.lgs. n. 36/2023, del servizio di guardiania armata dei locali della Direzione Interregionale del Lavoro del SUD e dell'Ispettorato d'Area Metropolitana di Napoli, siti nella struttura demaniale di via Vespucci 172/174 Napoli”;
- del provvedimento di aggiudicazione, dal contenuto non conosciuto, in favore della (...) s.r.l. – sede legale: (...) e sede operativa: (...);
- di tutti gli altri atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali, comunque lesivi della posizione giuridica della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (...) S.r.l. e dell'(...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 3 aprile 2024 il dott. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in trattazione la società (...) S.r.l. impugna il provvedimento/comunicazione recante la dizione “esclusione per anomalia” non pervenuta della procedura ME.PA nonché l'intera procedura (ME.PA RDO n. 3869009) d'appalto CIG: (...) “Richiesta di offerta per l'affidamento mediante RDO (richiesta di offerta), ai sensi dell'art. 49 D.lgs. n. 36/2023, del servizio di guardiania armata dei locali della Direzione Interregionale del Lavoro del SUD e

dell'Ispettorato d'Area Metropolitana di Napoli, siti nella struttura demaniale di via Vespucci 172/174 Napoli” e il provvedimento di aggiudicazione, dal contenuto non conosciuto, in favore della (...) s.r.l.

Premette in fatto che partecipava, tramite portale ME.PA – RDO n. (...), alla “Richiesta di offerta per l'affidamento mediante RDO, aperta in data 24 novembre 2023, ai sensi dell'art. 49 D.lgs. n. 36/2023, del servizio di guardiania armata dei locali della Direzione Interregionale del Lavoro del SUD e dell'Ispettorato d'Area Metropolitana di Napoli, siti nella struttura demaniale di via Vespucci 172/174 Napoli” – CIG (...) aperta in data 24.11.2023 dall'(...).

Come emerge dalla lettera di invito, l'importo a base di gara era pari ad €. 127.071,12, Iva esclusa e dunque la gara era di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria fissata in € 221.000,00 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali dall'art. 14 del d.lgs. 31.3.2023, n. 36.

La lettera di invito (all. 1 del ricorso, Lettera di invito), in ordine al criterio di aggiudicazione, così disponeva: “L'aggiudicazione avverrà utilizzando il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 108 comma 3, del D.lgs. 36/2023 trattandosi di un servizio standardizzato e ripetitivo, dettagliatamente descritto nel capitolato tecnico allegato” e che, per quanto di interesse in questa sede: *“La procedura sarà aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale ex art. 110 comma 2 del medesimo D.lgs. 36/2023”*.

Tale disposizione era contenuta anche all'art. 4 del Capitolato tecnico (all. 2 del ricorso), il quale, dopo aver precisato che “L'aggiudicazione avverrà a favore dell'impresa che avrà presentato il minor prezzo ai sensi dell'art. 108 comma 3 del D.lgs. 36/2023, trattandosi di un servizio standardizzato, dettagliatamente descritto nel presente documento, che non necessita quindi di valutazione tecnica”, stabiliva che: *“La procedura sarà aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale”*.

La ricorrente precisa che la lettera di invito prevedeva tra i vari allegati il “Dettaglio

dell'offerta Economica" rubricato all. 1b, ma evidenzia che tale allegato, benché richiamato anche nella schermata di riepilogo dell'RDO (all. 3, Riepilogo Doc. RDO) dei documenti indicati, tuttavia non era presente tra gli stessi.

La deducente espone che predispondeva ed inviava, tramite il portale ME.PA, tutta la documentazione occorrente alla partecipazione, così come richiesta dal bando (Documentazione Amministrativa e Offerta Economica generata da sistema) e nuovamente segnala già in fatto che sia il bando che il capitolato, con le disposizioni sopra riportate, stabilivano che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta solo all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale ex art. 110 comma 2 del D.lgs. 36/2023, ma che, ciò nonostante, prendeva atto, tramite schermate del portale ME.PA in rosso, della propria esclusione con la dicitura "esclusione per anomalia", esclusione mai comunicata come si evince dalla schermata delle comunicazioni del ME.PA (all. 6 del ricorso, Schermata Comunicazioni); la Stazione Appaltante, inoltre, con nota prot. n. 1019 del 22.12.2023, comunicava alla (...) la richiesta di passaggio di cantiere nella quale si prendeva atto dell'aggiudicazione provvisoria della gara alla (...) s.r.l.

La (...) rappresenta, inoltre, che con atto di diffida del 22.12.2023 (All. 4 del ricorso, richiesta di annullamento in autotutela) presentava richiesta di chiarimenti in merito alla propria esclusione e di annullamento in autotutela dell'intera procedura per gravi irregolarità.

Con nota prot. 1100 del 27.12.2023 (all. 9 del ricorso, riscontro Rup) la (...), nel riscontrare tale diffida, comunicava che: "In risposta alla nota di codesta Società del 23.12.2023, acquisita al prot. n. 1059 del 27.12.2023 di questa (...), relativa a chiarimenti in merito all'aggiudicazione della gara di appalto di cui all'oggetto, si precisa che la preliminare esclusione della (...) S.r.l. per offerta anomala è stata correttamente comunicata, contrariamente a quanto sostenuto da codesto (...), attraverso i canali della procedura ME.PA in adesione alla vigente normativa, con la notifica di un avviso recante la dizione "esclusione per anomalia". L'esclusione

dalla RDO ad inviti è avvenuta ai sensi degli artt. 110 comma 2 e 54 comma 2 del D.lgs. n. 36/2023, secondo il metodo di calcolo negli atti di gara sorteggiandolo, tra quelli compatibili, in sede di valutazione delle offerte”.

La (...) S.r.l. impugna quindi gli atti specificati in epigrafe e, in particolare, la sua esclusione dall'aggiudicazione oltre che l'aggiudicazione della gara alla (...) s.r.l. e l'intera procedura di gara.

2. Si è costituito in resistenza al ricorso l'(...) con memoria, ad allegata documentazione, dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli del 5 gennaio 2024, cui la ricorrente ha replicato con memoria in pari data.

Si è costituita altresì la (...) s.r.l. con memoria formale prodotta in data 8 gennaio 2024.

3. Con Decreto presidenziale n. 2481/2023 veniva accolta la richiesta di misura cautelare monocratica.

3.1. Alla Camera di Consiglio del 10 gennaio 2024, con Ordinanza n. 133 del 16 gennaio 2024, la Sezione accoglieva la domanda cautelare motivando la sussistenza del *fumus boni iuris* nel ricorso, fissando per la trattazione del merito l'udienza del 3 aprile 2024.

3.2. Alla pubblica Udienza del 3 aprile 2024, udita la discussione dei procuratori delle parti menzionati in verbale, la causa è stata ritenuta in decisione.

4. Con il primo motivo la ricorrente deduce l'erroneità in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione nel decretare l'esclusione automatica dalla sua offerta, per asserita anomalia, senza il previo svolgimento dello scrutinio di congruità, sulla base dell'art. 54 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, malgrado l'assenza del richiamo di tale norma nella disciplina di gara e peraltro la sussistenza nella *lex specialis* di disposizione che invece prevedeva l'aggiudicazione all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale.

Come sopra anticipato, l'Amministrazione, riscontrando la diffida e istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, nel contestare l'omessa

comunicazione della sua esclusione (che a dire dalla P.A. sarebbe stata effettuata attraverso i canali informatici del M.E.P.A) indicava negli artt. 110 e 54 co.2 del nuovo codice dei contratti pubblici la base normativa della pronunciata esclusione automatica.

In dettaglio, con nota prot. 1100 del 27.12.2023 (all. 9 del ricorso, riscontro Rup) la (...), comunicava alla deducente che: *“In risposta alla nota di codesta Società del 23.12.2023, acquisita al prot.n. 1059 del 27.12.2023 di questa (...), relativa a chiarimenti in merito all’aggiudicazione della gara di appalto di cui all’oggetto, si precisa che la preliminare esclusione della (...) S.r.l. per offerta anomala è stata correttamente comunicata, contrariamente a quanto sostenuto da codesto Istituto, attraverso i canali della procedura ME.PA in adesione alla vigente normativa, con la notifica di un avviso recante la dizione “esclusione per anomalia”; esclusione “avvenuta ai sensi degli artt. 110 comma 2 e 54 comma 2 del D.lgs. n. 36/2023, secondo il metodo di calcolo negli atti di gara sorteggiandolo, tra quelli compatibili, in sede di valutazione delle offerte”.*

4.1. Sostiene in proposito la ricorrente che l’art. 54 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 conferma la disciplina contenuta nell’art. 1, comma 3, ultimo periodo, del decreto-legge n. 76/2020, c.d. “Decreto Semplificazioni” che stabiliva che, al ricorrere delle condizioni ivi previste, “le stazioni appaltanti procedono all’esclusione automatica”, sancendo dunque un obbligo, nelle gare sotto soglia comunitaria, di ricorrere all’esclusione automatica nel caso di adozione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

Assume al riguardo che secondo l’orientamento maggioritario formatosi su tale disposizione, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte – previsto per gli appalti sotto soglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso – vigeva anche se la legge di gara non lo prevedesse espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegrava la lex specialis eventualmente carente sul punto; richiama in tal senso varia giurisprudenza, anche di questo Tribunale, tra cui T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, 08/02/2023, n. 905,

T.A.R. Sicilia - Palermo n. 265 /2022, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104.

L'articolo 54 del d.lgs. n. 36/2023, invece, prevede che, al ricorrere dei requisiti di legge, "le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica".

Ragion per cui nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici l'esclusione automatica di un'offerta sospetta di anomalia deve essere espressamente prevista nella *lex specialis* (analogamente a quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016), atteso che l'articolo 54 del d.lgs. 36/2023 derogherebbe esplicitamente all'articolo 110, stesso decreto, dedicato al procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse.

5. Come già delibato in sede cautelare, il sintetizzato primo motivo di ricorso si prospetta fondato e va conseguentemente accolto e ciò – deve in questa sede di *plena cognitio* soggiungersi - in disparte anche dalla preliminare censura con cui la ricorrente lamenta il mancato inoltramento ad essa (e, comunque il mancato ricevimento da parte della stessa), di apposita specifica comunicazione della pronunciata esclusione dall'aggiudicazione – non dalla gara – per asserita anomalia della sua offerta; censura che appare recessiva rispetto a quella nodale, appuntata sulla illegittimità dell'esclusione automatica per mancata previsione, nella *lex specialis*, di clausola contemplante l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Va, peraltro, parzialmente rettificata la conclusione della ricorrente, che dopo aver correttamente riportato il testo dell'art. 54 del d.lgs. 36/2023, sostiene che tale norma derogherebbe esplicitamente all'articolo 110, stesso decreto. A ben vedere, invece, l'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023, stabilisce che in caso di appalti di lavori o di servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie e non aventi un interesse transfrontaliero certo, "le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica".

Occorre, quindi, che la *lex specialis* preveda l'esclusione automatica delle offerte

sospettate di anomalia, in deroga all'art. 110 d.lgs. n. 36/2023, disciplinante il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse.

Invero, come già affermato con il Decreto cautelare presidenziale n. 2481 del 2023, condiviso dal Collegio nelle argomentazioni e nella consequenziale statuizione, con l'Ordinanza cautelare n. 133/2024 resa alla Camera di consiglio del 10 gennaio 2024, onde procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale occorre osservare i dettami dell'art. 54, commi 1 e 2 del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in sintesi, prevedendola negli atti di gara, per i casi di appalti inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria non presentanti un interesse transfrontaliero certo e di ammissione alla gara di almeno cinque offerte, ed ivi indicando altresì il metodo di individuazione delle offerte anomale.

5.1. Più in particolare, in ossequio al disposto dell'art. 54, co.1, d.lgs. 36/2023, *“Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (...)”*. Correlativamente, l'art. 54, co. 2, primo alinea, dello stesso decreto, dispone che *“Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2”*.

Ad avviso del Collegio, dunque, la mancata previsione negli atti di gara dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in uno con la mancata indicazione del metodo per l'individuazione delle stesse, non poteva essere colmata, ovvero sanata *ex post* dalla stazione appaltante con la comunicazione inviata alla ricorrente con nota prot. n. 1100 in data 27.12.2023 (all. 9 del ricorso) a seguito dell'istanza del 22 dicembre 2023, di annullamento in autotutela della sua esclusione (nota a termini della quale: *“L'esclusione dalla RDO ad inviti è avvenuta ai sensi degli artt. 110*

comma 2 e 54 comma 2 del D. lgs. n. 36/2023, secondo il metodo di calcolo negli atti di gara sorteggiandolo, tra quelli compatibili, in sede di valutazione delle offerte”).

6. Rimarca inoltre il Collegio che l'esclusione automatica dell'offerta della ricorrente, oltre a non essere prevista negli atti di gara, confligge anche con la stessa previsione di cui al bando di gara/capitolato tecnico, secondo cui *“La procedura sarà aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale”*, disposizione contenuta anche nella lettera di invito.

Invero, nella lettera di invito consta la seguente disposizione: *“La procedura sarà aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale, ex art. 110 comma 2 del medesimo D. lgs. 36/2023”* (all. 1 del ricorso, Lettera di invito, pag.1), presente altresì nel bando di gara/capitolato tecnico: *“La procedura sarà aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale”* (all.2 del ricorso, Bando di gara/ Capitolato tecnico, art. 4, pag. 5).

Orbene dalla stessa riportata disposizione, recata in termini identici sia dal bando di gara/capitolato tecnico che dalla lettera di invito, a termini della quale la gara sarebbe stata aggiudicata all'esito della verifica sulle eventuali offerte anomale, consegue che la stazione appaltante doveva effettuare il giudizio di verifica della congruità dell'offerta che apparisse anormalmente bassa (nella specie, quella presentata dalla ricorrente) e procedere all'esclusione dall'aggiudicazione solo ove tale scrutinio si fosse concluso negativamente, ovvero sia solo qualora l'offerta sottoposta a sindacato di congruità, fosse risultata anormalmente bassa.

Con la precisazione secondo cui, per giurisprudenza costante, il giudizio, negativo, di non congruità, conducente all'esclusione di un'offerta dubitata di anomalia, deve essere assistito da un percorso istruttorio particolarmente dettagliato, risultando necessaria una motivazione più approfondita ed articolata solo laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 25 ottobre 2017 n. 4912; Consiglio di Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544).

Al riguardo, il giudice amministrativo, muovendosi nel solco del citato orientamento, ha ribadito *“la necessità di un giudizio particolarmente motivato, predicata dalla giurisprudenza condivisa ed espressa dalla Sezione, solo nell’ ipotesi in cui la valutazione di anomalia o meno di un’offerta risulti di segno negativo, ossia esiti, a seguito dell’esame delle giustificazioni prodotte dall’impresa aggiudicataria in sede procedimentale ovvero acquisite in seno al subprocedimento delineato dall’art. 97 del d.l.s. 18 aprile 2016, n. 50, in un giudizio finale di non congruità; là dove qualora il giudizio risulti di segno positivo – come nel caso di specie – dichiarando la congruità e bontà dell’offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l’assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell’amministrazione (ovvero della commissione appositamente nominata) essere operata anche per relationem alle giustificazioni prodotte (cfr. sul punto già Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2016, n.3855; ID, Sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5665; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 3 marzo 2020, n. 2815)”* (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 11 gennaio 2021, n. 330)” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 10 febbraio 2022 n. 1591).

7. Dalla ricostruzione degli esiti della gara, svolta dalla difesa erariale con memoria del 5 gennaio 2024, emerge che la Commissione aggiudicatrice della (...), ricevute le offerte, provvedeva, come da verbale n. 1 del 20.12.2023, a verificare la regolarità della documentazione amministrativa trasmessa da ciascun operatore economico e a visionare le relative offerte economiche. Dal predetto verbale (all. 6 della citata memoria) si evince che l’offerta migliore – il criterio di aggiudicazione prescelto dalla S.A. è quello del prezzo più basso – è quella presentata dalla ricorrente (...) s.r.l., che nella tabella riportata a pag. 2 del verbale all’esame, figura al primo posto con il valore di 30,04.

Nel verbale in disamina la Commissione afferma che *“Dai calcoli eseguiti per la determinazione del valore soglia di anomalia determinato attraverso il metodo A dell’Allegato II. 2 del D.Lgs. 36/2023 è uscito un VALORE SOGLIA di 24,89.*

Pertanto, partendo dal valore soglia di 24,89, risultano anomale l’offerta della Ditta (...) pari a 30,04 e della ditta (...) pari a 26,00.

Per l'aggiudicazione della gara il RUP terrà conto del valore dell'offerta che si posiziona al di sotto di tale soglia”, e che il R.U.P. “rileva che la prima ditta che risulta al di sotto della stessa soglia di anomalia con il prezzo proposto più basso è la ditta (...) con un'offerta pari a 23,13”; impresa a cui è stata, quindi, aggiudicata la gara.

Rileva pertanto il Collegio che, avendo la ricorrente, come emerge dal verbale all'esame, presentato la migliore offerta secondo il prescelto criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, dall'annullamento dell'esclusione della ricorrente discende l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

8. In definitiva, sulla scorta delle considerazioni finora svolte il primo motivo di ricorso si profila fondato e va pertanto accolto, dovendosi annullare il provvedimento di esclusione della ricorrente dall'aggiudicazione, nonché l'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

La portata dirimente del primo motivo, e maggiormente soddisfattiva dell'interesse della ricorrente, consente di assorbire il secondo, volto all'annullamento dell'intera procedura di gara.

9. Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e vanno poste a carico dell'Amministrazione resistente, potendo essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il “provvedimento/comunicazione recante la dizione “esclusione per anomalia” della ricorrente e il provvedimento di aggiudicazione emesso a favore della controinteressata.

Condanna l'Amministrazione a corrispondere alla ricorrente (...) S.r.l le spese di lite, che liquida in € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, ove assolto.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata (...) S.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di consiglio del giorno 3 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Severini, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

Rita Luce, Consigliere

L'ESTENSORE

Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE

Paolo Severini

IL SEGRETARIO