

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9889 del 2016, proposto da:
Società Simad S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'Avvocato Alessandro Botto, con domicilio eletto presso lo Studio
Legale Associato Legance in Roma, via di San Nicola Da Tolentino n. 67;

contro

il Ministero dell'Interno ed il Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica
Sicurezza, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, costituiti in
giudizio, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio *ex*
lege in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Società Rheinmetall Waffe Munition Gmbh, in proprio e quale mandataria del
costituendo R.T.I. con Angelo Podestà S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*
tempore;

Società Angelo Podestà S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
costituita in giudizio, rappresentata e difesa dagli Avvocati Luigi Cocchi, Emanuela
Romanelli e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso lo Studio Legale
Romanelli in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento prot. 600/C/EQP/FL./374/L8/0004708/16 dell'8.8.2016, con cui è stata disposta, a favore del Raggruppamento controinteressato, l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 8 della procedura aperta per la fornitura di materiale di vestiario, armamento ed equipaggiamento speciale occorrente per le esigenze del personale della Polizia di Stato;

- del provvedimento prot. 600/C/EQP/FL./374/L8/0004755/16 del 12.8.2016, con cui alla Società ricorrente non è stato consentito parzialmente l'accesso alla documentazione amministrativa del Raggruppamento controinteressato;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi inclusi, ove necessario, i verbali attestanti le operazioni della Commissione giudicatrice e, in particolare, il verbale n. 5 con cui è stata proposta l'aggiudicazione del lotto 8 in favore del Raggruppamento controinteressato;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato con il R.T.I. controinteressato;

e per la condanna del Ministero all'aggiudicazione a favore della ricorrente del lotto 8 della predetta procedura di gara e/o alla stipula con quest'ultima del contratto ovvero al subentro del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e del Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza, nonché della Società Angelo Podestà S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2016, il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea GU/S S089 del 7.5.2016, il Ministero dell'Interno ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, ai sensi degli artt. 95, comma 4, e 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, per la fornitura di capi di vestiario occorrenti per le esigenze del personale della Polizia di Stato.

Oggetto del presente giudizio è il lotto 8, relativo alla fornitura di “*n. 4000 cartucce CAL 40 mm a fumata bianca e frammentazione per addestramento ai servizi di O.P.*”, per un importo a base di gara, al netto dell’IVA, di € 180.000,00.

Nella seduta pubblica del 14.6.2016 (verbale n. 2) la Commissione giudicatrice aveva inizialmente disposto l’esclusione del R.T.I. Angelo Podestà - Rheinmetall Waffe Munition GmbH per alcune carenze, riscontrate nella documentazione presentata, segnatamente per carenze relative: alla licenza di cui all’art. 28 T.U.L.P.S., all’indicazione delle attrezzature tecniche della Società Podestà ed all’indicazione, da parte della Rheinmetall, di una serie di requisiti di ordine speciale richiesti dalla *lex specialis*.

In data 17.6.2016 la Società Podestà ha presentato istanza di riammissione, chiedendo l’attivazione del soccorso istruttorio di cui all’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, in virtù dell’asserito possesso dei requisiti di partecipazione.

Pertanto la Commissione giudicatrice, nella seduta del 21.6.2016 (verbale n. 4), ha richiesto alla Rheinmetall la produzione della documentazione mancante riscontrata nella seduta pubblica del 14.6.2016.

Nella seduta pubblica del 30.6.2016, la Commissione di gara ha, perciò, disposto la riammissione del costituendo R.T.I. Rheinmetall-Podestà e ha poi proceduto all’apertura delle buste economiche, presentate dai due concorrenti per il lotto in questione, proponendo l’aggiudicazione provvisoria in favore del richiamato R.T.I.,

che aveva offerto il prezzo unitario di € 29,70 (IVA. esclusa), contro il prezzo unitario di € 44,60 (IVA esclusa) presentato dalla Società Simad S.p.A. (verbale n. 5).

In data 15.7.2016, quest'ultima ha presentato istanza di accesso alla documentazione di gara. L'accesso è stato inizialmente differito dal Ministero, a causa della pendenza dei controlli sul R.T.I. aggiudicatario, e successivamente parzialmente accolta.

Con provvedimento prot. 600/C/EQP/FL./374/L8/0004708/16 dell'8.8.2016 il Ministero ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto 8 a favore del R.T.I. Rheinmetall-Podestà.

Successivamente il legale della Simad ha presentato ulteriori istanze di accesso in data 9, 11 e 24 agosto 2016, con richiesta di rilascio, in particolare, dell'offerta, completa di tutta la documentazione, del RTI Angelo Podestà — Rheinmetall Waffe Munition GmbH e della documentazione amministrativa (busta 'B') afferente al predetto R.T.I., completa di tutti i dati. L'Amministrazione ha fornito riscontro con nota del 12.8.2016.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva *de quo*, nonché quest'ultima nota ed il verbale n. 5 del 30.6.2016, recante l'aggiudicazione provvisoria del lotto 8, Simad S.p.A. ha proposto il presente ricorso.

Col medesimo ricorso detta Società ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato col Raggruppamento controinteressato, e la condanna dell'Amministrazione all'aggiudicazione del lotto in questione in suo favore e/o alla stipula del relativo contratto di appalto o al subentro nello stesso, ove già stipulato col predetto R.T.I. controinteressato.

Questi i motivi di diritto dedotti:

1) Illegittimità del diniego di accesso alla documentazione del R.T.I. Rheinmetall - violazione ed erronea applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 22 e

ss. della l. n. 241/1990 - eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti, sviamento di potere.

L'art. 53, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall'Amministrazione, prevede, con riferimento agli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza – ipotesi che qui non ricorrerebbe, che sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione *“alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*, stabilendo, tuttavia, che *“è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*.

Nella specie proprio l'esigenza di difesa in giudizio ha spinto la ricorrente a richiedere tale documentazione. Pertanto il provvedimento di diniego di accesso sarebbe illegittimo per violazione del citato art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

Peraltro lo stesso art. 53, al comma 5, lett. a), consente l'operatività della deroga ivi contenuta nel caso in cui il concorrente renda una motivata e comprovata dichiarazione, dalla quale emergano quali parti dell'offerta, specificamente individuate, costituiscano segreti tecnici o commerciali e siano, pertanto, sottratte all'accesso.

La dichiarazione resa dal R.T.I. Rheinmetall – Angelo Podestà del 7.6.2016, richiamata dalla nota di diniego di accesso, reca il suo consenso all'esercizio del diritto di accesso da parte degli altri concorrenti con riferimento a tutta la documentazione prodotta per la gara, fatte salve *“le parti indicate espressamente come oggetto di tutela della riservatezza”*; si tratterebbe, tuttavia, di formula generica, che riproduce pedissequamente la formula legislativa e che, perciò, proprio per la sua genericità, non consentirebbe di giustificare la limitazione del diritto di accesso.

2) Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva - violazione degli artt. 83 e 93 del d.lgs. n. 50/2016 — violazione della *lex specialis* di gara — eccesso di potere per difetto d'istruttoria e contraddittorietà.

Difformemente da quanto prescritto dall'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 e dal disciplinare di gara, la sola mandante Podestà del R.T.I. controinteressato avrebbe prodotto la cauzione provvisoria, riferita soltanto alla stessa impresa, ed inoltre tale cauzione conterrebbe una clausola in base alla quale, in caso di aggiudicazione definitiva, detta Società si impegnava a richiedere per iscritto al fideiussore "*l'emissione di altra polizza fidejussoria per la cauzione definitiva che*" sarebbe stata "*chiamata a prestare*", con la precisazione che, qualora il fideiussore stesso non avesse notificato per iscritto alla Podestà, nel termine ivi indicato, la decisione presa in merito alla richiesta di prestare la cauzione definitiva, essa si sarebbe intesa respinta.

Peraltro, a seguito di richiesta di soccorso istruttorio, il RTI Rheinmetall-Podestà ha prodotto un'appendice dichiarativa alla cauzione provvisoria, con cui si fa riferimento ad entrambe le imprese di detto Raggruppamento e viene riprodotto il testo dei commi 4 e 8 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016.

In tal modo non sarebbe stato reso l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, essendosi lo stesso limitato a riconoscere l'esistenza di una norma di legge imperativa.

Si aggiunge che detta appendice reca una la data del 23.6.2016, perciò successiva al termine di presentazione delle offerte, fissato al 10.6.2016.

3) Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva — violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 — violazione della *lex specialis* di gara — eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti.

Con riferimento al lotto n. 8, il bando richiedeva un fatturato minimo annuo, riferito ad almeno un esercizio dell'ultimo triennio nel settore di attività oggetto della fornitura, di valore pari ad € 90.000, IVA esclusa.

La mandataria del R.T.I. controinteressato ha dichiarato di non avere un bilancio proprio e di ritenere di poter soddisfare detto requisito, utilizzando il fatturato della propria controllante Rheihnmetall AG.

Pertanto essa si sarebbe di fatto avvalsa dei requisiti della propria controllante, senza, tuttavia, rispettare le disposizioni di legge e di gara in materia di avvalimento.

4) Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva - violazione del bando e del disciplinare - eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

La certificazione di qualità prodotta dalla mandante del R.T.I. controinteressato sarebbe difforme da quanto stabilito nelle previsioni della *lex specialis* di gara, atteso che essa ha ad oggetto la “*progettazione, commercializzazione, installazione e manutenzione di sistemi nautici e terrestri ad uso navigazione osservazione e comunicazione, in ambito mercantile e militare*”, perciò non sarebbe riferita ad attività afferenti al ciclo produttivo delle cartucce oggetto della gara.

Tale carenza, oltre ad incidere sul *quantum* della cauzione provvisoria, che sarebbe stata indebitamente dimezzato, integrerebbe una causa di esclusione prevista espressamente dalla *lex specialis* di gara.

5) Illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva - violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 - violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 - eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea interpretazione, difetto di istruttoria.

Dal momento che nella specie il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo, si applicherebbe l'art. 97, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, il quale in questi casi dispone che “[...] *la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio in sede di gara*

di uno dei seguenti metodi [...]”, facendo seguire l’elencazione di cinque diversi metodi di calcolo della soglia di anomalia.

Tale disposizione impone alla stazione appaltante di sorteggiare tra uno dei criteri di calcolo stabiliti dalla legge.

Nel caso di specie, nella seduta del 13.6.2016 è stato sorteggiato il criterio di cui all’art. 97, comma 2, lett. e), che individua la soglia di anomalia nella *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all’atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4”*, nello specifico pari a 1,4.

In presenza di due sole offerte, come nel caso del lotto in esame, detto metodo di calcolo della soglia di anomalia non avrebbe potuto operare, per cui la Commissione avrebbe dovuto procedere in seduta pubblica ad un nuovo sorteggio tra i restanti criteri disponibili.

L’omissione in parola risulterebbe qui ancora più grave, considerato il forte scarto esistente tra l’offerta della Simad, che ha offerto un prezzo unitario pari ad € 44,60, rispetto alla base d’asta pari ad € 45, e quella del R.T.I. controinteressato, che ha offerto un prezzo unitario pari ad euro 29,70.

L’offerta del secondo sarebbe, infatti, risultata anomala applicando gli unici due criteri stabiliti dall’art. 97 citato applicabili al caso di specie.

Si sono costituiti in giudizio l’Amministrazione dell’Interno ed il Raggruppamento controinteressato, risultato aggiudicatario del lotto n. 8 della gara in parola, producendo memorie difensive, nelle quali hanno controdedotto alle censure *ex adverso*, nonché documentazione.

Tale Raggruppamento ha anche mosso l’eccezione di tardività del ricorso, con riferimento alle contestazioni sulla sua ammissione alla gara, assumendo che esse

avrebbero dovuto essere fatte valere tempestivamente, entro 30 giorni dalla conoscenza dell'ammissione stessa in seduta pubblica della gara.

Con l'ordinanza cautelare n. 6279 del 12.10.2016, è stata accolta la domanda cautelare ed è stata fissata per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 5.12.2016, nella quale il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1 - Con il presente gravame la Società Simad S.p.A., seconda classificata nella procedura aperta per la fornitura di materiale di vestiario ed equipaggiamento speciale occorrente per le esigenze del personale della Polizia di Stato – lotto n. 8 *“fornitura di n. 4000 cartucce CAL 40 mm a fumata bianca e frammentazione per addestramento ai servizi di O.P.”*, censura la sua aggiudicazione in favore del Raggruppamento controinteressato, contestandone *in primis*, sotto diversi profili, l'ammissione dello stesso alla gara e poi censurando la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta.

1.1 - La ricorrente chiede anche la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato con il R.T.I. controinteressato, e la condanna del Ministero all'aggiudicazione a suo favore del lotto 8 della predetta procedura di gara e/o alla stipula con la stessa del contratto ovvero al subentro del contratto eventualmente stipulato.

2 - Preliminarmente va vagliata l'eccezione di tardività, sollevata da tale R.T.I..

In particolare, esso sostiene la tardività dei motivi riguardanti la sua ammissione alla gara, rilevando che, successivamente ad una prima esclusione, a seguito di esercizio del soccorso istruttorio, in data 30.6.2016 si è tenuta la seduta pubblica, alla presenza anche del rappresentante di Simad, nella quale il Raggruppamento è stato ammesso e sono state aperte le offerte economiche e, perciò, da tale data sarebbe decorso il

termine di trenta giorni per l'eventuale impugnazione dell'ammissione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., mentre il ricorso è stato notificato ben oltre detto termine e conseguentemente sarebbe intempestivo.

2.1 - L'eccezione va disattesa.

In primo luogo deve rilevarsi che l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è categorico nell'individuare il *dies a quo* per tale impugnativa nel giorno della pubblicazione dell'ammissione alla gara *“sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici”*.

In ogni caso, quand'anche si volesse attribuire rilevanza alla conoscenza avvenuta in seduta pubblica, considerato che questa ha avuto luogo in data 30.6.2016, il termine avrebbe dovuto scadere il 30.7.2016, che però cadeva di sabato. Ai sensi dell'art. 52, comma 3, c.p.a., *“se il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo”* e, in base al comma 5 della medesima disposizione, *“la proroga di cui al comma 3 si applica anche ai termini che scadono nella giornata del sabato”*, con la conseguenza che nella specie il termine slittava al 1°8.2016.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 742/1969, come modificato dall'art. 16 del d.l. n. 132/2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 162/2014, il termine *de quo* cadeva nel periodo della sospensione feriale fino al 31.8.2016, per cui la scadenza risultava prorogata al 1°9.2016.

Il ricorso è conseguentemente tempestivo, in quanto notificato in data 31.8.2016.

3 - Esso è fondato per quanto di seguito evidenziato.

3.1 - Stante la ritenuta fondatezza sulla base degli atti in giudizio, per ragioni di economia processuale può prescindersi dall'esame del gravame incidentale in materia di accesso, pure proposto in questa sede.

4 - In particolare risulta fondata la censura dedotta sub 2).

4.1 - Con tale motivo Simad afferma che il RTI Rheinmetall Waffe Munition – Angelo Podestà avrebbe prodotto una garanzia, a corredo dell’offerta, difforme dalle disposizioni previste dal Codice degli Appalti e dalla *lex specialis* di gara.

4.2 - Va rilevato in proposito che l’art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, al comma 1, che *“l’offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria”* e che, *“in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo”*.

Sempre il citato art. 93, al comma 8, prevede che *“l’offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall’impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 105, qualora l’offerente risultasse affidatario”*.

4.3 - Dalle norme di cui alla richiamata disposizione normativa si desume innanzi tutto che rispetto all’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l’aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione.

4.4 - Esso deve riguardare tutte le imprese del Raggruppamento, non essendo, perciò, sufficiente che si riferisca solo alla prestazione di una di tali imprese.

4.5 - Per quanto concerne la *lex specialis*, va richiamato il disciplinare di gara, il quale, nel paragrafo denominato “Garanzia a corredo dell’offerta”, con riferimento al deposito cauzionale, prevedeva che, in caso di partecipazione di R.T.I., la cauzione provvisoria dovesse essere prodotta, a pena di esclusione, dall’impresa mandataria, con indicazione che il soggetto garantito fosse il Raggruppamento.

Il disciplinare precisava che la cauzione provvisoria dovesse contenere, tra l’altro, *“l’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto di cui all’art. 103 e 105 del D.Lgs. 50/2016, in caso di aggiudicazione”*.

4.6 - Perciò il disciplinare di gara, in coerenza con la previsione della norma primaria, stabiliva che la garanzia provvisoria, con l’impegno a rilasciare la garanzia definitiva,

dovesse essere riferita a tutto le imprese partecipanti al Raggruppamento, richiedendo altresì che fosse l'impresa sua mandataria a doverla produrre.

4.7 - Nella specie dagli atti depositati in giudizio si evince in modo incontrovertibile che sia la garanzia provvisoria sia l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, contenuto nell'appendice recante la data del 7.6.2016, sono stati prodotti da Angelo Podestà nell'interesse esclusivamente di tale Ditta.

Conseguentemente in capo al Raggruppamento controinteressato mancava un documento richiesto *ex lege* a pena di esclusione, atteso che l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva, in caso di aggiudicazione, avrebbe dovuto riferirsi a tutti i componenti del costituendo R.T.I., e non già solo ad Angelo Podestà, e avrebbe dovuto essere prodotto dal soggetto mandatario, e non già da quello mandante, quale appunto è Angelo Podestà, che non può assumere obblighi per conto del Raggruppamento nè può rappresentarlo.

4.8 - Trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione, qui mancante, non era possibile attivare il soccorso istruttorio.

Infatti l'art. 83 del nuovo Codice degli Appalti lo prevede solo per "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*", tale non potendosi qualificare quella in esame, proprio per quanto sopra evidenziato.

4.9 – Deve registrarsi che solo successivamente, con un'appendice che reca la data del 23.6.2016, perciò successiva a quella di scadenza per la presentazione delle offerte, l'impegno è stato esteso a tutte le imprese del R.T.I., ma evidentemente costituisce un'integrazione *ex post* di un documento mancante e richiesto a pena di esclusione. Va peraltro rilevato che anche tale appendice è stata sottoscritta dalla mandante, in violazione della su menzionata previsione della *lex specialis* di gara.

4.10 - Ne deriva che il R.T.I. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso per la suindicata carenza documentale.

5 - La condotta tenuta dalla stazione appaltante è censurabile anche laddove non ha proceduto alla verifica dell'anomalia dell'offerta.

5.1 - Va detto al riguardo che, in base all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, *“quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso”*, come nel caso in esame, *“la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata, al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei [...] metodi”* ivi indicati.

5.2 - La stazione appaltante ha, perciò, proceduto all'estrazione a sorte del criterio per determinare la soglia dell'anomalia, risultandone estratto quello individuato al comma 2, lett. e): *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4”*, con un coefficiente sorteggiato *ex ante* pari a 1,4.

5.3 - Tuttavia evidentemente il criterio in questione è inapplicabile all'ipotesi, come quella di specie, in cui le offerte sono soltanto due.

5.4 - Per questa ragione l'Amministrazione non ha eseguito la verifica dell'anomalia dell'offerta.

5.5 - Secondo un'interpretazione conforme al principio di buon andamento, essa avrebbe dovuto invece estrarre uno dei criteri applicabili in presenza di due sole offerte, vale a dire un criterio tra quello indicato sub c): *“media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento”* e quello riportato sub d): *“media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento”*. In entrambi i casi l'offerta del R.T.I. risultato aggiudicatario provvisorio sarebbe risultata anormalmente bassa.

Deve considerarsi in proposito che, ai sensi del comma 6 dell'art. 97, *“la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Può essere utile rammentare che, seppure *ex post* rispetto alla presente gara, l'ANAC, nelle indicazioni fornite nel comunicato del Presidente del 5.10.2016, ha affermato che le stazioni appaltanti devono precisare nella documentazione di gara che, in presenza di meno di cinque offerte ammesse, i criteri di cui alle lett. a), b) ed e) dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 non trovano applicazione, rimanendo utilizzabili quelli di cui alle lett. c) e d).

Inoltre il Presidente dell'ANAC richiama nel citato comunicato il menzionato art. 97, comma 6, che consente sempre alle stazioni appaltanti la valutazione della congruità dell'offerta.

5.6 - La determinazione dell'anomalia si rendeva in questo caso assolutamente indispensabile, tenuto conto dell'ampio divario sussistente tra le uniche due offerte ammesse alla gara.

Infatti, mentre Simad ha offerto un prezzo unitario pari ad € 44,60, rispetto alla base d'asta pari ad € 45, perciò con un ribasso percentuale pari allo 0,9%, il R.T.I. controinteressato ha offerto un prezzo unitario pari ad € 29,70, con un ribasso percentuale del 34%.

5.7 - Ne deriva che anche il vizio dedotto sub 5) è fondato.

6 - Deve concludersi che il ricorso è fondato e deve essere accolto, potendosi assorbire i motivi di doglianza che non hanno costituito oggetto precipuo della presente disamina.

7 - Pertanto vanno annullati gli atti gravati ed inoltre l'Amministrazione, una volta eseguiti gli eventuali controlli con esito positivo, dovrà procedere all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente ed alla stipulazione con la stessa del relativo contratto di fornitura.

8 - Le spese di giudizio seguono la soccombenza, ponendosi a carico delle parti resistente e controinteressata, e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli impugnati atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara in favore del R.T.I. controinteressato ed ordina all'Amministrazione di adottare le conseguenti determinazioni, nei modi di cui in motivazione;
- condanna l'Amministrazione resistente e la Società Angelo Podestà S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in forfetari complessivi € 4.000,00, oltre oneri di legge, da ripartirsi in parti uguali tra i suindicati soggetti onerati, in favore della Società ricorrente.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2016, con l'intervento dei Magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Rita Tricarico

IL PRESIDENTE
Germana Panzironi

IL SEGRETARIO