

TAR Veneto, Sezione Seconda, Sentenza n. 1584 del 9 novembre 2023

Appalti di servizi sopra soglia UE – Aggiudicazione con OEPV – Anomalia offerta – No esclusione automatica – Postula attivazione contraddittorio con OE

Pubblicato il 09/11/2023

N. 01584/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01160/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1160 del 2023, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), (...), (...) per (...) e (...), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi (...);

nei confronti

(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

della graduatoria provvisoria della gara per l'affidamento del servizio ristoro tramite bar indetta da (...) di (...), prot. (...) pubblicata nell'Albo Pretorio dell'Istituto in pari data;

del verbale della Commissione dell'(...) nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ditta (...);
di ogni altro provvedimento, atto e/o comportamento amministrativo, conosciuto e/o non conosciuto,
presupposto e/o consequenziale, collegato e/o connesso;

Con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto
dall'(...) con la società (...) s.n.c., ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., ed aggiudicazione della procedura a
favore della ricorrente (...) con stipulazione del contratto da parte della stessa, la quale si rende sin
d'ora disponibile al subentro.

In subordine e laddove non venisse dichiarata l'inefficacia del contratto, con risarcimento del danno per
equivalente ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

in ogni caso:

con conseguente statuizione in ordine al rimborso del contributo unificato e alle spese di lite, oneri di
legge e rimborsi forfettari compresi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle amministrazioni intimate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2023 la dott.ssa Elena Garbari e uditi per le
parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato:

che con il gravame in epigrafe la ricorrente, prima graduata all'esito delle valutazioni comparative
effettuate dalla commissione di gara, impugna la sua esclusione dalla procedura per l'affidamento del
servizio di ristoro tramite bar per un periodo di tre anni bandita dall'Istituto (...) di (...) e
l'aggiudicazione "provvisoria" del servizio medesimo in favore della ditta "(...)";

che l'esclusione è stata disposta per "*comparazione non possibile per insussistenza dei presupposti di corretta
partecipazione all'avviso pubblico, ai sensi dell'art. 97 comma 7 e 8 D.vo 50/2016*" e quindi per ritenuta anomalia
dell'offerta;

che la deducente denuncia l'illegittimità di tale atto e della conseguente aggiudicazione per violazione di legge ed eccesso di potere;

che l'amministrazione intimata, costituendosi in giudizio, ha eccepito in via preliminare la tardività del gravame, assumendo che il provvedimento di esclusione sarebbe stato comunicato alla ricorrente via PEC in data 1 settembre 2023, più di trenta giorni prima della notificazione del ricorso; di tale circostanza il successivo 31 ottobre 2023 dichiara di dare prova con il deposito del *doc. 24*, recante, peraltro non già – come dichiarato dalla parte - copia della comunicazione via PEC dell'esclusione, ma quella della comunicazione del 18 settembre 2023, di pubblicazione della graduatoria provvisoria sull'albo pretorio dell'Istituto;

Atteso che la causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 2 novembre 2023 e che, a seguito di discussione, è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti, per essere definita con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti;

Ritenuto che l'eccezione di inammissibilità per tardività del ricorso debba essere respinta non solo per mancata prova della dichiarata precedente comunicazione via PEC alla concorrente della sua esclusione dalla gara, ma anche perché tale affermazione contrasta con il fatto che la stessa, su proposta della competente commissione, è stata disposta solo con il provvedimento di data 18 settembre 2023, impugnato in principalità, sicché ogni eventuale precedente determinazione in merito a tale circostanza costituisce mero atto endoprocedimentale, non direttamente lesivo;

Rilevato, inoltre, che l'esclusione è stata disposta unicamente per anomalia dell'offerta e che ogni ulteriore considerazione in ordine ad eventuali false dichiarazioni rese dal legale rappresentante della ricorrente, menzionate in giudizio, non risulta dalla motivazione dell'atto (più sopra testualmente richiamata), sicché le censure e repliche delle parti in merito a tale argomento risultano inconferenti ai fini dello scrutinio di legittimità del provvedimento impugnato;

Ritenuto che l'esclusione automatica disposta dalla stazione appaltante risulta illegittima sia alla luce dell'articolo 97 del d.lgs. 50/2016, invocato dalla stazione appaltante a fondamento della contestata determinazione (peraltro con erroneo rinvio ai commi 7 e 8 della disposizione), sia ai sensi dell'articolo 110 del D.lgs. 36/2023, che trova applicazione per le procedure bandite dopo l'1 luglio 2023, qual è quella di cui è questione;

Rilevato, infatti, che l'articolo 110, comma 2, ora menzionato, (analogamente al previgente articolo 97, comma 5 del d.lgs. 50/2016) dispone che “2. *In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni.*” ; a norma del successivo comma 5 “*La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:*

a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.”;

Rilevato che secondo un granitico orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in vigenza del d.lgs. 50/2016 e tuttora applicabile stante la rilevata continuità di disciplina, anche comunitaria, “*nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa.*” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, 15 ottobre 2020, n. 10498; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 12 gennaio 2023, n. 100; Consiglio di Stato, Sez. V, 25 marzo 2019, n. 1969);

Ritenuto, pertanto, che la mancata attivazione del sub-procedimento di anomalia dell'offerta e la violazione delle garanzie partecipative dell'operatore interessato determinano l'illegittimità del provvedimento di esclusione e della conseguente aggiudicazione, che devono conseguentemente essere annullati;

Ritenuto che non sussistono invece i presupposti per accogliere la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto (ove lo stesso sia già stipulato, circostanza non nota) e di conseguente subentro, in quanto

l'art. 122 c.p.a. subordinata la declaratoria di inefficacia alla valutazione “*degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto*”, laddove, nel caso di specie, la natura dei vizi riscontrati non consente di valutare l'effettiva possibilità per la ricorrente di superare positivamente il giudizio di anomalia né di conseguire l'aggiudicazione; dall'accoglimento del ricorso discende, infatti, quale unico effetto conformativo, la regressione delle operazioni di gara e l'obbligo per l'Amministrazione resistente di procedere nuovamente alla valutazione di anomalia dell'offerta della ricorrente rispettando il contraddittorio con la ditta interessata;

Le spese di lite sono poste a carico dell'amministrazione soccombente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente alla refusione alla ricorrente delle spese di lite, che liquida in -OMISSIS- euro, oltre oneri di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente e le altre parti menzionate nella presente pronuncia.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Grazia Flaim, Presidente

Elena Garbari, Primo Referendario, Estensore

Andrea Rizzo, Referendario

L'ESTENSORE
Elena Garbari

IL PRESIDENTE
Grazia Flaim

IL SEGRETARIO