

TAR Lazio, Sezione Seconda Ter, Sentenza n. 19740 dell'8 novembre 2024

Procedure negoziate – Mancata esclusione automatica offerte anomale – Contestazione avvenuta dopo aggiudicazione – Inammissibilità per carenza di interesse

Pubblicato il 08/11/2024

N. 19740/2024 REG.PROV.COLL.

N. 10559/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10559 del 2024, 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

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

nei confronti

Consorzio (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

per l'annullamento:

- 1) del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 23/24 adottato dall'(...) Spa relativo alla “procedura negoziata dei lavori di realizzazione nuova linea idrica e linea dati al Cimitero Flaminio”, pubblicato in data 30.08.2024;
- 2) del verbale di gara denominato “verbale di gara n. 1” relativo alle sedute di gara del 22.02.2024, del 26.03.2024, del 08.04.2024, del 15.04.2024 formato dal “Seggio di Gara” con il quale veniva stilata la graduatoria;
- 3) della lettera di invito, nella parte in cui non prevedeva l'applicazione dell'art. 54 commi 1 e 2 del D.Lgs n. 36/2023 e con esso l'esclusione automatica delle offerte risultanti anomale (qualora il numero delle offerte ammesse sarebbe stato pari o superiore a cinque), né indicava il metodo per l'individuazione delle offerte anomale tra quelli previsti all'allegato II.2 del D.Lgs n. 36/2023;
- 4) di ogni altro atto e provvedimento connesso, consequenziale, dipendente o presupposto ancorché non conosciuto, ivi compresa la “comunicazione di aggiudicazione” inoltrata alla (...) srl in data 30.08.2024;
- 5) nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto ove stipulato dalla (...) Spa con il Consorzio (...) nelle more del presente giudizio, anche disponendone il subentro in esso della (...) srl.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e di Consorzio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2024 la dott.ssa Francesca Mariani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata in epigrafe, indetta da (...) SpA per i lavori di realizzazione di una nuova linea idrica potabile e di una linea

dati al Cimitero Flaminio (procedura sotto soglia, per un importo complessivo massimo presunto di € 534.010,62, oltre IVA, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta al prezzo più basso ai sensi dell'art. 108 comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023), nella quale si è collocata al terzo posto della graduatoria finale, su cinque operatori partecipanti.

In punto di fatto, da quanto esposto e versato in atti risulta che:

- in data 1.02.2024 la ricorrente è stata invitata da (...) S.p.A. a partecipare alla procedura;
- in data 8.04.2024 e 15.04.2024 il Seggio di gara ha esaminato le offerte pervenute e stilato la graduatoria;
- in data 30.08.2024 la ricorrente ha ricevuto la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla società risultata prima in graduatoria (odierna controinteressata), senza allegare la ulteriore documentazione prevista dall'art. 36 del D.Lgs. 36/2023 (nuovo Codice de contratti pubblici);
- in data 16.09.2024 la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti di gara, richiedendo la documentazione sopra indicata;
- in data 19.09.2024 l'istanza è stata riscontrata da (...), mettendo a disposizione la documentazione sulla piattaforma;
- in data 30.09.2024 la ricorrente ha presentato un'istanza in autotutela alla Stazione appaltante, motivata sulla base di quanto esposto anche nell'odierno ricorso;
- in data 2.10.2024 la ricorrente ha infine notificato la presente impugnazione avverso l'aggiudicazione, la lettera d'invito e gli atti di gara.

2. Davanti al Tribunale la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione dell'efficacia, per *“Violazione dell'art. 54 commi 1 e 2 e dell'Allegato II.2 del D.Lgs n. 36 del 2023. Arbitrarietà del procedimento di scelta del contraente per omessa individuazione delle offerte anomale secondo criteri di legge ed omessa esclusione automatica delle offerte anomale. Violazione del principio di trasparenza e dell'affidamento dei partecipanti ad*

un'imparziale e leale competizione secondo criteri legali predeterminati?

In sostanza, secondo la ricorrente, (...) S.p.A., invece di prevedere nella lettera di invito la esclusione automatica delle offerte anomale e l'indicazione del relativo criterio, in applicazione dell'art. 54 del D.Lgs. n. 36 del 2023, che sarebbe inderogabile e dovrebbe dunque essere etero-integrato nella *lex specialis*, avrebbe illegittimamente previsto la verifica delle offerte anormalmente basse, in conformità a quanto disposto dall'art. 110 del D.Lgs n. 36 del 2023; inoltre, il RUP avrebbe poi, in concreto, ritenuto non sussistenti le condizioni di cui al primo comma dell'art. 110 citato senza alcuna motivazione.

La ricorrente ha dunque chiesto al Tribunale di ordinare ad (...) SpA, annullata ed etero-integrata la lettera di invito nei termini sopra indicati, di dare attuazione, per mezzo del Seggio di Gara e del RUP, all'art. 54 comma 2 e all'Allegato II.2 del D.Lgs n. 36/2023, sorteggiando, tra quelli previsti, il metodo per l'individuazione delle offerte anomale da escludersi automaticamente, per individuare correttamente l'aggiudicatario tra le cinque società partecipanti che hanno presentato le offerte; ovvero, in via subordinata, *“di ordinare la ripetizione della procedura negoziata”*.

3. (...) SpA si è costituita in giudizio in resistenza, chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependone preliminarmente la tardività, in quanto notificato dopo 33 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, in assenza di condizioni che consentano, nella fattispecie, la dilazione temporale del termine di impugnazione alla luce degli insegnamenti della nota sentenza della Adunanza Plenaria n. 12/2020. L'Amministrazione ha comunque, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo la ricorrente dimostrato di poter conseguire l'aggiudicazione anelata tramite la esclusione delle altre offerte sulla base dei criteri ancora da sorteggiare e non avendo formulato alcuna deduzione sulla possibile anomalia delle altre offerte.

4. Si è costituita in resistenza anche l'aggiudicataria, a sua volta eccependo

preliminarmente la tardività della impugnazione, che avrebbe dovuto essere rivolta già verso la lettera di invito; nel merito, la comparente ha peraltro dedotto l'intrinseco paradosso sotteso alla tesi della ricorrente, che invoca l'applicazione di un meccanismo – in tesi – inderogabile di esclusione automatica delle offerte presentate, in luogo di verifiche concrete sull'affidabilità delle stesse, così prospettando un'interpretazione che pone dubbi di compatibilità con il diritto europeo.

5. Alla camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare, il ricorso è stato trattenuto in decisione, con avviso alle parti della possibile definizione con sentenza breve.

6. Il ricorso – come correttamente eccepito – è irricevibile rispetto alla contestazione della *lex specialis* (che, a ben vedere, è l'unica contestazione formulata) e, comunque, è inammissibile per carenza di interesse, per le motivazioni di cui in seguito.

Si può quindi prescindere dallo specifico approfondimento sulla eccepita irricevibilità per tardività del ricorso avverso l'aggiudicazione, fermo restando che – sul punto – va precisato che la vicenda è integralmente regolata dal nuovo Codice dei contratti, con la conseguenza che, da un lato, avrebbe dovuto trovare applicazione (ma ciò, pacificamente, non è avvenuto) la disciplina procedimentale in tema di accesso agli atti prevista dall'art. 36 del nuovo Codice, secondo cui a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi “*sono resi disponibili*”, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90, anche l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione stessa, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale; e che, dall'altro lato, sotto il profilo processuale, il termine di 30 giorni per l'impugnazione, ai sensi del nuovo articolo 120, comma 2, c.p.a. come modificato dall'art. 209, comma 1, lett. a), del predetto Codice, “*decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della*

comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure [ciò che rileva nella fattispecie] dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice' (per una prima ricostruzione in materia si rinvia alla recentissima sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 8352/2024, o anche Tar Campania, Salerno, n. 1721 del 25.09.2024, riguardante una vicenda analoga alla presente, nella quale la concorrente ricorrente aveva comunque presentato l'istanza di accesso entro un breve lasso di tempo).

7. Fermo quanto sopra, si rileva che la ricorrente ha formulato un unico motivo di ricorso che concerne la disciplina applicabile alla gara (già indicata nella *lex specialis*), di cui la medesima ricorrente ha quindi chiesto l'etero-integrazione, con prosecuzione della gara e applicazione del diverso meccanismo di esclusione automatica previsto dall'art. 54 citato.

Tuttavia, la ricorrente ha formulato la sua contestazione soltanto dopo lo svolgimento della gara e l'aggiudicazione, senza dedurre alcuna anomalia delle altre offerte presentate (che peraltro la Stazione appaltante ha espressamente ritenuto non anomale) e, anche, *del tutto a prescindere* dalla certezza e/o dalla probabilità di poter conseguire l'aggiudicazione per il caso in cui fosse applicata la diversa disciplina; ovvero, in via subordinata, la ricorrente ha inammissibilmente chiesto al Tribunale di “*ordinare la ripetizione della procedura negoziata*” (nel senso che il Tribunale dovrebbe annullare l'intera gara e poi ordinare alla SA di svolgerla nuovamente secondo la disciplina dalla stessa invocata nel ricorso).

Quanto sopra dimostra che l'interesse ora azionato (sopra descritto, in via principale e subordinata) è obiettivamente *invariato* rispetto a quando è stata meramente indetta la gara con la lettera di invito contestata; la *lex specialis*, quindi, avrebbe dovuto essere contestata nell'immediatezza, al fine di poter partecipare formulando un'offerta (in tesi) secondo i criteri di legge.

Sotto diverso profilo, inoltre, il ricorso oggi si risolve, nella sostanza, in un

inammissibile ricorso “nell’interesse della legge”, finalizzato soltanto a correggere la legge di gara, senza tuttavia offrire al Tribunale alcun concreto elemento o indizio per ritenere che, diversamente operando, la ricorrente avrebbe avuto (o anche potrebbe avere), perlomeno, una *chance* di ottenere l’aggiudicazione.

E’ invero irrilevante, anche ai fini dell’interesse strumentale alla ripetizione della gara, l’ipotesi di sorteggio del criterio “B” prospettata dalla ricorrente, non soltanto perché meramente ipotetica, bensì anche perché – come correttamente dedotto dalla controinteressata – con una diversa disciplina di gara, basata su un criterio di esclusione automatica delle offerte, vi sarebbero, comunque, offerte diverse (sulla necessaria concretezza dell’interesse strumentale, T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 06/03/2023, n.3734).

Il Collegio ritiene dunque che difetti, nella fattispecie, la invece imprescindibile condizione dell’interesse ad agire, che – come noto – trova giustificazione nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non è preordinata ad assicurare la generale legittimità dell’operato pubblico, bensì a tutelare la posizione soggettiva del ricorrente, correlata ad un bene della vita coinvolto nell’esercizio dell’azione autoritativa oggetto di censura (così, di recente, Consiglio di Stato sez. V, 05/04/2024, n.3148); con la conseguenza che tale condizione dell’azione presuppone che il ricorrente ottenga un’effettiva utilità, cioè un risultato di vantaggio concreto, dall’accoglimento del ricorso (Consiglio di Stato sez. IV, 30/01/2024, n.938).

8. In conclusione, per quanto detto il ricorso è irricevibile e, comunque, inammissibile per carenza di interesse.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come nel dispositivo, anche tenuto conto della novità della disciplina applicabile.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara

irricevibile e comunque inammissibile per carenza di interesse.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore di (...) SpA e della controinteressata Consorzio (...), delle spese di lite, che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento), oltre accessori come per legge, per ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere

Francesca Mariani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Mariani

IL PRESIDENTE

Donatella Scala

IL SEGRETARIO