

Pubblicato il 06/03/2023

N. 00436/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00185/2023 REG.RIC.



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 la Puglia
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;
sul ricorso numero di registro generale 185 del 2023, proposto da -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato F. L., con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e con domicilio eletto in (Omissis);

contro

(Omissis., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati R. A..N., M. O. e F. F., con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

nei confronti

-OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato M. L., con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e con domicilio eletto in (Omissis);

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di aggiudicazione alla -OMISSIS- s.r.l. della procedura negoziata *ex art. 36*, comma 2, lett. b) del decreto legislativo n. 50/2016, avente ad oggetto l'affidamento del servizio triennale di manutenzione ricorrente e non ricorrente, fornitura di pezzi di ricambio del parco automezzi e attrezzature operanti sulle strade statali di competenza della Struttura territoriale della Puglia - Bari - Foggia - Lecce, prot. n. 0903100-U del 29.12.2022, mai notificato, né comunicato alla ricorrente;

- di tutti i verbali della procedura, in particolare quelli recanti la valutazione dell'offerta presentata dal concorrente aggiudicatario;

- del bando e degli atti di gara, ove interpretati nel senso di consentire l'esclusione della verifica di offerta anomala, pur in presenza di indici palesi di inaffidabilità e incongruità delle offerte presentate;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli gravati;

nonché per l'annullamento del contratto, ove stipulato, con espressa richiesta di risarcimento del danno in forma specifica, con il subentro nel rapporto contrattuale, ovvero di risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (Omissis e di -OMISSIS- s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata -OMISSIS- s.r.l. depositato in data 22.2.2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 1° marzo 2023 per le parti i difensori F. L. per la società ricorrente, R. A.N. per (Omissis, M. L. per la società controinteressata;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Con determinazione a contrarre del 28.9.2022 (CDG 666563-Int, codice CIG 9499554FF0), (Omissis) invitava due operatori economici - individuati tramite indagine di mercato - per partecipare alla procedura negoziata telematica avente ad oggetto il servizio triennale di manutenzione ricorrente e non ricorrente, fornitura di pezzi di ricambio del parco automezzi e attrezzature operanti sulle strade statali di competenza della Struttura territoriale della Puglia - Bari - Foggia - Lecce.

Alla gara partecipavano due sole imprese, l'odierna ricorrente -OMISSIS- s.r.l. e la controinteressata -OMISSIS- s.r.l., che presentavano le relative offerte telematiche.

La società -OMISSIS- depositava una documentazione carente.

Pertanto, l'Amministrazione attivava il soccorso istruttorio, all'esito del quale la documentazione mancante veniva presentata, consentendo la prosecuzione e la chiusura dei lavori della Commissione.

All'esito della verifica delle offerte delle concorrenti la Stazione appaltante comunicava a tutte le ditte partecipanti con nota del 7.12.2022 (definita: "Comunicazione di aggiudicazione non efficace ex art. 76, comma 5, lett. a) del D.Lvo 50/2016 e s.m.i.") di aver disposto l'aggiudicazione a favore della -OMISSIS-, avendo questa offerto i maggiori ribassi sul listino prezzi case costruttrici (49,60%) e sui temporari (38,50%).

La ditta -OMISSIS- presentava istanza di accesso agli atti in data 9.12.2022, evidenziando l'asserita anomalia dell'offerta presentata dalla -OMISSIS-, che sarebbe dovuta essere sottoposta a verifica da parte della Stazione appaltante.

Con nota prot. 0903105-U del 29.12.2022 la Stazione appaltante dava riscontro al richiesto accesso ed evidenziava che non vi fossero i presupposti per procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta della ditta -OMISSIS-.

Seguiva la nota del 29.12.2022 recante "comunicazione efficacia dell'aggiudicazione" disposta in favore della -OMISSIS- s.r.l.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio notificato in data 30.1.2023 la ricorrente -OMISSIS- s.r.l. impugnava gli atti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50/2016 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti e dei documenti posti a base dell'offerta tecnica; eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, illogicità ed irragionevolezza manifesta; illegittimità dei documenti per errata e incongrua determinazione dell'importo a base di gara;

2) violazione dell'art. 97, comma 1 del decreto legislativo n. 50/2016; eccesso di potere per violazione della *par condicio* e contemporaneamente del principio del *favor participationis*; eccesso di potere per inversione del procedimento e carenza di prova a carico dell'offerente in modo illegittimo.

In entrambe le doglianze la ricorrente evidenziava che, pur a fronte di manifesti indici di inaffidabilità dell'offerta dell'attuale aggiudicataria, la Stazione appaltante avrebbe omesso di procedere alla verifica dell'anomalia, essendo la stessa, sebbene in astratto facoltativa, sempre doverosa nel caso di indici così evidenti (*i.e.* ribasso eccessivo formulato dalla -OMISSIS-), pena l'inaffidabilità originaria

della ricerca di mercato posta a base della gara e finalizzata all'individuazione dell'importo posto a base della procedura.

La ditta interessata formulava, altresì, istanza di tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente.

2. - Si costituivano in giudizio (Omissis) e la controinteressata -OMISSIS- s.r.l., resistendo al gravame.

3. - La controinteressata -OMISSIS- s.r.l. notificava un ricorso incidentale avente contenuto "paralizzante" in quanto diretto a contestare l'ammissione alla gara della -OMISSIS- s.r.l., ricorrente principale.

4. - Le parti svolgevano difese in vista della camera di consiglio del 1° marzo 2023 fissata per la definizione dell'istanza cautelare contenuta nel ricorso introduttivo, nel corso della quale, all'esito della discussione orale, la causa passava in decisione su richiesta delle parti, con espresso preavviso di adozione di sentenza in forma semplificata.

5. - Si ritiene di definire il presente giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. artt. 60 del codice del processo amministrativo, ricorrendone i presupposti.

6. - Ciò premesso, ritiene questo Tribunale che il ricorso principale debba essere dichiarato irricevibile per tardività, in accoglimento della eccezione sollevata dalle controparti.

6.1. - Data la manifesta irricevibilità per tardività del ricorso principale, è possibile procedere all'esame prioritario dello stesso, pur a fronte della proposizione, da parte della controinteressata -OMISSIS- s.r.l., di un ricorso incidentale, avente contenuto "paralizzante" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

6.2. - In ordine all'atto introduttivo si evidenzia quanto segue.

Il ricorso, come anticipato, deve essere dichiarato irricevibile per tardività, in accoglimento della eccezione sollevata dalle controparti.

La ricorrente principale -OMISSIS- s.r.l., infatti, non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione comunicata ai sensi dell'art. 76, comma 5 del decreto legislativo n. 50/2016 dall'(Omissis) in data 7.12.2022, bensì con ricorso (notificato solo in data 30.1.2023) quello successivo del 29.12.2022, con cui, tuttavia, (Omissis) si limitava a comunicare l'efficacia dell'aggiudicazione alla sola ditta -OMISSIS- s.r.l. ai sensi dell'art. 33 del decreto legislativo n. 50/2016.

È tuttavia evidente l'assenza di lesività della c.d. "aggiudicazione efficace", mentre il provvedimento lesivo è quello (risalente al 7.12.2022 e comunicato in pari data anche alla -OMISSIS- s.r.l.) con cui si disponeva l'aggiudicazione in accoglimento della proposta trasmessa dal Seggio di gara.

Non a caso, il codice dei contratti pubblici prevede un diverso regime di pubblicità per i due atti, disponendo soltanto per il primo l'obbligo, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016, di comunicarlo non solo all'aggiudicatario, ma anche a tutti gli altri concorrenti.

La giurisprudenza amministrativa ha del resto chiarito che "Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari inizia, quindi, a decorrere dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la Stazione Appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario. E ciò in considerazione del fatto che l'aggiudicazione come sopra definita da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto *ex lege* subordinata all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti e dall'altro produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della Stazione Appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" cui aspirano, rappresentato dall'aggiudicazione della gara (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 15.3.2019 n. 1710)." (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11.5.2021, n. 3116).

La ricorrente, dunque, avrebbe dovuto impugnare il provvedimento di aggiudicazione del 7.12.2022. Invece ha gravato unicamente quello del 29.12.2022 con cui la Stazione appaltante ha dichiarato efficace l'aggiudicazione.

Ne consegue che l'impugnazione con ricorso notificato soltanto in data 30.1.2023 del primo atto realmente lesivo la cui conoscenza risale al 7.12.2022 è tardiva poiché violativa del termine di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo.

Di qui l'irricevibilità del gravame per tardiva impugnazione dell'atto lesivo.

Anche qualora si ritenesse che la ricorrente abbia assolto l'onere di impugnazione dell'aggiudicazione del 7.12.2022, sia pur per il tramite dell'utilizzo della mera formula di stile contenuta a pag. 1 e 2 dell'atto introduttivo del presente giudizio, con cui sono stati indistintamente contestati tutti gli altri atti di gara, il ricorso è comunque irricevibile per tardività.

Invero, al proposito, il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 2.7.2020, n. 12, ha statuito:

«a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati».

Anche di recente si è ribadito al riguardo che "... nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'individuazione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è così modulata: a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50 del 2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016, ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale, fino al momento in cui è consentito l'accesso, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (sempreché pertanto l'istanza di accesso sia proposta nei quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione); d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati (*ex multis* Cons. Stato Sez. V, 05/04/2022, n. 2525, Cons. Stato Sez. V, 19/01/2021, n. 575) ..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29.11.2022, n. 10470).

Nella specie, il ricorso è stato proposto - come detto - il 30.1.2023, ben oltre i 30 giorni di cui all'art. 120, comma 5 del codice del processo amministrativo decorrenti dal 7.12.2022.

Né, peraltro, potrebbe dirsi che i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti ottenuta con l'accesso (avvenuto solo in data 29.12.2022), atteso che dal contenuto del gravame è agevole constatare come la ricorrente principale si sia limitata a contestare genericamente il presunto carattere eccessivamente elevato dei ribassi offerti e l'omessa attivazione della verifica di anomalia dell'offerta della controinteressata.

Tali ribassi, tuttavia, le erano già noti poiché indicati espressamente nella comunicazione di aggiudicazione del 7.12.2022, tanto che nella stessa istanza d'accesso del 9.12.2022 la -OMISSIS-

s.r.l. affermava che l'offerta della -OMISSIS- era - a suo dire - palesemente anomala in ragione dei ribassi eccessivi offerti e invitava l'(Omissis) a disporre la verifica di congruità:

«... portiamo all'attenzione della Spettabile Stazione Appaltante l'anomalia dell'offerta economica presentata dall'operatore economico -OMISSIS- S.r.l.: nello specifico i ribassi offerti sono stati del 49,60% su listino prezzi case costruttrici e del 38,50% sui tempari, costituendo un ribasso totale del 88,10%. Si porrebbe, di conseguenza, la necessità di attivazione del relativo procedimento ai sensi dell'art. 97, co. 6°, D. Lgs. n.50/2016, rammentando che *«La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa», siffatta non doverosità dell'esercizio del potere di verifica della congruità dell'offerta che “in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”, non delinea in termini di incondizionata libertà l'agire della stazione appaltante, poiché lo spessore di facoltatività dell'agere amministrativo deve misurarsi con il grado di emersione del carattere anormalmente basso dell'offerta, tale spessore di facoltatività riducendosi fin quasi a scomparire nei casi, come quello all'esame, in cui sussistano specifici elementi che facciano apparire lampante *ictu oculi* l'anormale bassezza di un'offerta... Un simile bassissimo costo doveva, secondo comuni canoni di ragionevolezza e logicità, costituire spiccata spia di anomalia dell'offerta quale “specifico elemento” ex art. 97, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016, in guisa da renderne necessaria la verifica di congruità mediante attivazione del subprocedimento di verifica prescritto dal codice dei contratti. Scolpisce dunque ad avviso del Collegio l'art. 97, co. 6, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 un potere che in casi evidenti di anormale bassezza di un'offerta, declina in termini di dovere, affinché lo spazio di discrezionalità dalla norma ritagliato all'Amministrazione non trasmodi in arbitrio, esito cui si oppone il presidio costituito dal canone del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.» (Tar Lazio, Roma, Sez. III, n. 9610 del 18.9.2020).*

La richiesta di spiegazioni sulle percentuali di ribasso offerto e sui costi proposti nell'offerta economica in oggetto, appare - quindi - assolutamente doverosa, di modo che la Stazione Appaltante possa valutarne la congruità, in relazione sia alla normativa di riferimento, che alla sostenibilità economica e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Richiediamo, quindi, di voler provvedere tempestivamente e con carattere di estrema urgenza a consegnare e/o inviare la documentazione richiesta, affinché la scrivente possa esercitare il proprio diritto di difesa in sede amministrativa e/o giurisdizionale avverso gli atti di gara. ...».

Pertanto, nel caso di specie non ricorre l'ipotesi di cui alla lett. c) del principio di diritto affermato dalla menzionata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020 (cfr. punto 32 della motivazione) secondo cui “c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”.

Nella fattispecie in esame alcun motivo ulteriore di ricorso - come detto - sarebbe potuto conseguire alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta della -OMISSIS- s.r.l. (conoscenza avvenuta solo in data 29.12.2022), posto che alla data del 9.12.2022 con la presentazione dell'istanza di accesso la -OMISSIS- s.r.l. dimostra di avere piena conoscenza di tutto ciò che sarebbe stato oggetto di contestazione nel presente giudizio.

Quindi alcuna dilatazione temporale poteva in concreto operare.

Il ricorso principale è quindi tardivo.

7. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso principale e, conseguentemente, in forza del principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (7 aprile 2011, n. 4, e 25 febbraio 2014, n. 9) la declaratoria d'improcedibilità del ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- s.r.l.

7.1. - Essendo stata riscontrata la legittimità dei provvedimenti censurati con l'atto introduttivo, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria in forma specifica e per equivalente azionata dalla ricorrente principale.

8. - In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) dichiara irricevibile per tardività il ricorso principale;
- 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 1° marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Giacinta Serlenga, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE

Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO