

Pubblicato il 25/01/2021

N. 00152/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00777/2020 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 777 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da XXXXXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, corso Luigi Fera, n. 23;

contro

Provincia di Cosenza, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Anania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

XXXXXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano e Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa tutela cautelare,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- 1) del Verbale n. 4 - Quarta seduta di Gara, redatto il 12/6/2020, con il quale la Commissione - nominata per la verifica delle domande di partecipazione alla procedura aperta, ex art. 60 d.lgs. 50/16, concernente una tornata di due gare afferenti ad interventi previsti nel D.M. 49/2018, indetta dalla Provincia di Cosenza - ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara n. 1 per asserita erroneità della registrazione effettuata sul Portale telematico;
- 2) del provvedimento prot. n. 18357 del 12/6/2020, comunicato in pari data, reso dal RUP, di comunicazione dell'esclusione medesima;
- 3) del provvedimento prot. n. 19758, reso il 24/6/2020 e comunicato in pari data, con il quale, in risposta alla contestazione dell'esclusione inoltrata dalla ricorrente, il RUP ha ribadito l'esclusione della ricorrente dalla gara n. 1;
- 4) del Verbale di "esito soccorsi istruttori ed elenco ammessi/esclusi" dalla gara n. 1, reso nella seduta del 29/6/2020;
- 5) del Verbale n.7, "Apertura Busta B, Offerta Economica - Proposta di aggiudicazione", reso nella seduta dell'1/7/2020, con cui è stata proposta l'aggiudicazione della Gara n. 1 in favore di XXXX s.r.l.;

altresì, di ogni atto propedeutico, connesso e/o consequenziale, compresi, ove occorra:

- il Verbale n. 2 - Seconda seduta di Gara - adottato il 4/6/2020, contenente la riserva della decisione sull'eventuale ammissione/esclusione della ricorrente;
- dei Verbali nn. 5 e 6 - Quinta e Sesta sedute di Gara - adottati rispettivamente il 16/6/2020 e il 17/6/2020, contenenti il prosieguo del controllo della documentazione amministrativa dei concorrenti.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 31\7\2020:

per l'annullamento, previa tutela cautelare,

della Determinazione Dirigenziale n. 2020001035 del 09/07/2020 resa dal Settore Viabilità della Provincia di Cosenza di approvazione della proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata, comunicata il 16.07.2020.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Cosenza e di XXXX S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021 la dott.ssa Francesca Goggiamani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La XXXXXX s.r.l., premesso di avere presentato domanda di partecipazione per due distinte procedure aperte indette dalla provincia di Cosenza per l'affidamento di lavori di a) *“Interventi di sistemazione in tratti saltuari della sede stradale lungo le S.S.P.P. appartenenti al Servizio Viabilità n.4 sui gruppi di strade nn.5-6-7-11-12-13-22-23-27-38 e monitoraggio di alcune opere d'arte”*, annualità 2020/2021, con importo di 980.306,17 e b) *“Interventi di bitumatura, segnaletica e barriere di sicurezza lungo le S.S.P.P. appartenenti al servizio di viabilità n. 2 sui gruppi di strade nn.14-16-17-26-28-32-33-34-39-41-42”*, annualità 2020/2021, importo euro 976.276,91, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo mediante ribasso unico percentuale sull'elenco prezzi unitari ed esattamente di avere partecipato per la gara n. 1 in forma individuale, ha impugnato con richiesta di sospensione l'esclusione comminata dal Rup il 12.6.2020 dalla prima gara per errori di presentazione telematica dell'offerta denunciando i vizi di violazione degli artt. 40, 80, 86 d.Lgs. n. 50/2016, del bando, degli artt. 5, 13 e 14 del disciplinare di gara e di eccesso di potere.

Con successivo atto di motivi aggiunti ha impugnato, con istanza cautelare, la sopravvenuta aggiudicazione in favore della XXXX s.r.l.

Hanno resistito al ricorso ed ai motivi aggiunti l'Amministrazione appaltante e l'aggiudicataria XXXX s.r.l. sostenendo l'infondatezza del ricorso e quest'ultima anche l'inammissibilità per carenza di interesse nel difetto di prova di resistenza.

Con ordinanza cautelare, non appellata, è stata sospesa l'esclusione della ricorrente. Nel merito all'udienza pubblica del 13.1.2021, all'esito della trattazione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. È dirimente e coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse della ricorrente di entrambe le impugnazioni posto che, pur a fronte dell'illegittimità dell'esclusione per come affermato in sede cautelare, la stessa non ha allegato/dimostrato la possibilità di pervenire all'aggiudicazione in luogo della controinteressata, per come possibile trattandosi di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

È calzante alla fattispecie in esame la recente statuizione del Consiglio di Stato (sent. 7000/2020), secondo cui *“il criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante era quello del minor prezzo ex art. 95, comma 4 d.lgs. n. 50 del 2016, relativamente al quale la posizione in graduatoria delle offerte non segue ad una valutazione di carattere tecnico-discrezionale, bensì ad un mero riscontro automatico del prezzo ivi indicato.*

Quest'ultimo, proprio in ragione della sua oggettività vincolata e dell'assenza di qualsiasi profilo valutativo discrezionale, ben può essere effettuato anche dal giudice amministrativo, il quale, nel caso di specie, ben avrebbe potuto verificare l'effettivo assolvimento, in concreto, della prova di resistenza da parte della società ricorrente, che aveva agito in giudizio sul presupposto di essere stata lesa nel proprio interesse all'aggiudicazione.

Invero, la prova di resistenza all'impugnazione di un provvedimento amministrativo, ossia l'interesse di un soggetto ad agire avverso quest'ultimo se reputato lesivo della sua sfera giuridica, va

verificata in relazione alla certezza dell'utilità giuridica che il ricorrente potrebbe ritrarne dall'annullamento (ex multis, Cons. Stato, V, 7 agosto 1996, n. 884).

A tal fine [l'impresa esclusa] avrebbe quindi dovuto indicare il ribasso offerto, al fine di verificare se lo stesso fosse realmente maggiore di quello indicato dall'aggiudicataria [...] e così dar atto che, in caso di annullamento della propria esclusione, si sarebbe vista aggiudicare con certezza (in modo automatico) la gara.

Va dunque condivisa la considerazione del primo giudice, secondo cui la previsione nella gara che interessa del criterio del massimo ribasso, di carattere automatico e di immediata evidenza, rende agevole la dimostrazione della prova di resistenza, e non comporta la necessità di comparazione in senso stretto tra le offerte, tale da configurarsi come attività riservata in via esclusiva all'amministrazione. In tal senso la dimostrazione dell'interesse concreto ed attuale all'annullamento degli atti di gara discenderebbe in via immediata dalla applicazione di un criterio matematico, proprio di scienze esatte con risultati non opinabili, senza che venga coinvolta alcuna attività valutativa di carattere discrezionale, ancorché tecnico”.

Stante il criterio di aggiudicazione, la necessaria deduzione processuale della propria offerta economica non viola neppure il principio di segretezza dell'offerta, il quale ha lo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della Commissione nella formazione dei giudizi tecnici da esprimere nelle gare con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v., tra le altre, T.A.R., Torino, sez. I, 28/01/2019, n. 85; T.A.R., Palermo, sez. II, 19/09/2017, n. 2195; T.A.R., Roma, sez. III, 11/12/2015, n. 13884).

2. Le spese di lite, in ragione della comunque sussistente illegittimità dell'esclusione e della peculiarità della fattispecie, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando nel ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

1) Dichiara il ricorso inammissibile;

2) Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Goggiamani

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO