

N. 09008/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00301/2024 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 il Lazio

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 301 del 2024, proposto da Bar Banqueting S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9807809C04, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Dinelli, Maria Eugenia Albé, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione della Direzione Affari istituzionali e personale n. G16588 dell'11 dicembre 2023, recante in oggetto «*Determinazione n. G08316 del 14.06.23 - procedura aperta per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 60 e 164 del D. Lgs. n.*

50/2016, dei servizi di gestione bar, tavola calda/fredda presso la sede della Regione Lazio di via R. Raimondi Garibaldi 7 Roma CIG 9807809C04. Esiti Commissione giudicatrice, esclusione gara soc. Bar Banqueting. Impegno sul capitolo U0000T19427, missione 01, programma 01, piano dei conti finanziario 1.04.01.01.000, di €. 220,00 per pagamento contributo Anac», ivi inclusi gli allegati verbali della Commissione giudicatrice;

- della nota della Direzione Regionale Affari istituzionali e personale prot. n. 1495508 del 22 dicembre 2023, con cui la Regione Lazio ha riscontrato la p.e.c. trasmessa da Bar Banqueting in data 18 dicembre 2023, confermando la determinazione G16588 dell'11 dicembre 2023;

- di ogni altro atto consequenziale, presupposto e comunque connesso, ancorché di estremi sconosciuti, ove lesivo per la ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2024 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso notificato il 9 gennaio 2024 e depositato il giorno successivo, la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe indicati esponendo quanto segue.

Con determinazione n. G08316 del 14.06.23 è stata indetta una "Procedura aperta per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 60 e 164 del D. Lgs. n. 50/2016, dei servizi di gestione bar, tavola calda/fredda presso la sede della Regione Lazio di via R. Raimondi Garibaldi

7 Roma CIG 9807809C04” da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016, mediante convenzione avente la durata di 60 mesi, eventualmente prorogabili per altri 60 mesi e valore complessivo, comprensivo dell’eventuale proroga tecnica dei servizi di concessione, di Euro 6.545.228,44.

La data di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissata alle ore 12:00 del giorno 07.08.2023 e perveniva la sola offerta della ricorrente Soc. Bar Banqueting srl (gestore uscente del servizio).

La ricorrente sottolinea che il Capitolato Tecnico ha disciplinato in questo modo l’oggetto della procedura:

- *«La presente procedura [...] ha per oggetto l’affidamento in concessione [...] del servizio di gestione bar tavola calda e fredda, con relativa preparazione dei pasti, presso i locali siti nella sede della Regione Lazio di Via R. Raimondi Garibaldi 7, piano terra palazzina B e buvette primo piano palazzina A, di seguito definiti anche punti di ristoro. // Sono oggetto della presente procedura la predisposizione di un layout delle sale sopra descritte oltre che l’indicazione esaustiva degli eventuali interventi che si rendono strettamente indispensabili per l’allestimento dei locali e per adeguare i locali alle esigenze specifiche, oltre che i tempi necessari. // Sono ricomprese nei servizi la preparazione e veicolazione da un punto di ristoro all’altro di piatti freddi, caldi e panini e di tutte le operazioni dirette e indirette connesse con l’esercizio della suddetta attività»* (punto 2 del Capitolato Tecnico);

- *«I locali adibiti a Bar, Tavola calda/fredda siti nella sede della Regione Lazio di Via R. Raimondi Garibaldi 7, piano terra palazzina B e buvette primo piano palazzina A, vengono resi disponibili dall’Amministrazione nello stato in cui si trovano, privi di arredi e attrezzature in quanto tutti di proprietà dell’attuale gestore che resterà operativo sino all’aggiudicazione della presente procedura»* (punto 2 del Capitolato Tecnico).

Espone la ricorrente che in data 8 novembre 2023, si è tenuta la seconda seduta, in cui la Commissione ha proceduto ad analizzare quanto descritto nella documentazione tecnica presentata dalla ricorrente, soffermandosi sulla valutazione di cui al criterio sub A.1) del Disciplinare di gara.

In particolare, dopo aver effettuato un sopralluogo negli spazi adibiti a buvette della Palazzina A, la Commissione ha ravvisato l'esistenza di talune criticità, che di seguito si riportano:

- a) *«difformità del progetto tecnico-grafico proposto per gli spazi adibiti a Buvette siti al primo piano della Palazzina A, di cui a pagina 7 della relazione tecnica, rispetto alla planimetria di cui all'Allegato M "Planimetria buvette primo piano palazzina A)" alla determinazione a contrarre n. G08316 del 14/06/2023»;*
- b) *«carezza nella relazione tecnica della descrizione del progetto tecnico-grafico della Buvette con particolare riferimento agli aspetti di cui al capitolo A.1 del disciplinare di gara»;*
- c) *«assenza dell'elaborato grafico relativo alla Buvette nel documento denominato "Elaborati grafici" inserito dall'operatore economico nella Busta Tecnica».*

Ritenendo di dover approfondire maggiormente le criticità rilevate, la Commissione si è aggiornata ad una successiva seduta, tenutasi in data 22 novembre 2023, ad esito della quale ha ritenuto l'offerta tecnica carente di elementi essenziali ed ha proposto l'esclusione della Società Bar Banqueting dalla procedura di gara.

L'Amministrazione resistente, con l'impugnata determinazione n. G16588 dell'11 dicembre 2023, ha approvato l'operato della Commissione giudicatrice ed ha disposto l'esclusione dalla procedura della ricorrente Bar Banqueting.

La Società, in data 18 dicembre 2023, ha presentato all'Amministrazione resistente un'articolata istanza di annullamento in autotutela, alla quale la Regione Lazio ha dato riscontro con l'impugnata nota della Direzione Regionale Affari istituzionali e

personale prot. n. 1495508 del 22 dicembre 2023, di mera conferma del provvedimento di esclusione.

1.2. Il gravame è affidato ai seguenti motivi di ricorso:

I) *“Violazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 e del principio generale per cui l’esclusione dei concorrenti esula dalle competenze della commissione di gara. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e difetto di istruttoria”.*

II) *“Violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990 e dell’art. 41 della carta di Nizza”.*

III) *“Violazione e falsa interpretazione della lex specialis di gara. Violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. difetto grave di istruttoria. Violazione dei principi di buon andamento, di efficienza e del risultato”.*

1.3. Si è costituita in giudizio la Regione Lazio la quale ha depositato memoria con la quale ha chiesto respingersi il ricorso.

1.4. In vista dell’udienza pubblica la ricorrente ha depositato una memoria di replica.

1.5. Alla pubblica udienza del 20 marzo 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce l’illegittimità della nota con la quale l’Amministrazione ha riscontrato la propria istanza di autotutela: *“Si rappresenta che la scrivente Amministrazione non può discostarsi da quanto proposto dalla Commissione di gara in merito all’esclusione della Società Bar Banqueting srl dalla procedura ... Si conferma quindi, quanto esplicitato con determinazione G16588 del 11.12.2023”*

In particolare, la ricorrente contesta l’erroneità della premessa da cui muove l’Amministrazione, e cioè che essa non potrebbe discostarsi dalla proposta della Commissione, dal momento che l’art. 77 del codice dei contratti pubblici intesta alla Commissione la sola attività di *«valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico»*, mentre la verifica della regolarità delle offerte e della relativa

documentazione, anche qualora svolta dalla Commissione, dev'essere comunque verificata e fatta propria dalla Stazione appaltante (cfr. Cons. St., Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104).

Sotto altro profilo, sostiene che “... *anche ragionando nel senso della impossibilità per la Stazione appaltante di discostarsi autonomamente dalle indicazioni della Commissione, il provvedimento impugnato si appaleserebbe egualmente illegittimo per manifesta irragionevolezza e per difetto di istruttoria ...*”, sostenendo quindi che l'Amministrazione avrebbe dovuto trasmettere alla Commissione l'istanza di annullamento dell'esclusione in autotutela ed acquisire il suo punto di vista sulle osservazioni della Bar Banqueting.

2.1. Il motivo di ricorso è infondato.

Non vi è dubbio che compete alla Commissione, in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie, l'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico; e tuttavia deve rilevarsi che risulta apodittica l'affermazione secondo cui la Stazione appaltante, nel riscontrare l'istanza di annullamento in autotutela, si sarebbe supinamente conformata alla valutazione rassegnata dalla Commissione.

Infatti ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 50 del 2016, la stazione appaltante cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure attraverso l'operato del Rup, il quale continua ad operare anche dopo la nomina della commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1104). La stazione appaltante disponeva quindi, del potere finale di determinarsi sulla non conformità dell'offerta al progetto richiesto, anche nell'ipotesi di un preliminare esame positivo da parte della Commissione giudicatrice.

Nel caso in esame è evidente che la Stazione appaltante ha ritenuto di confermare, a seguito di una propria valutazione, quanto già da essa stessa esplicitato con

determinazione G16588 del 11.12.2023 alle cui motivazioni ha fatto dunque espresso rinvio, non apparendo pregnante o decisiva la dichiarazione di non potersi discostare da quanto proposto dalla Commissione di gara che, nel contesto complessivo della risposta, va intesa non nel senso letterale e formale di non avere il potere di decidere altrimenti, bensì sotto il profilo sostanziale della condivisione nel merito delle cause dell'esclusione, con evidente riferimento ai contenuti tecnici dell'offerta.

3. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto adottato senza il necessario contraddittorio procedimentale che avrebbe consentito alla ricorrente medesima di esprimere il proprio punto di vista il quale, in tesi, avrebbe ben potuto determinare un diverso esito del procedimento.

Invoca al riguardo l'art.7 della L.241/90 e l'art.41 della Carta di Nizza il cui comma 2 sancisce «... *il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*».

3.1. La censura è infondata.

Va infatti opportunamente rilevato come l'esclusione della ricorrente è dipesa dall'incompletezza dell'offerta tecnica.

Orbene, come chiarito anche dalla giurisprudenza "*l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede espressamente che le carenze formali di una domanda di partecipazione ad una gara possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio "...con esclusione di quelle (carenze) afferenti all'offerta economica ed all'offerta tecnica"*. Alla luce della sopra richiamata formulazione normativa, la giurisprudenza ha costantemente opposto un diniego a qualsiasi forma di soccorso istruttorio con riferimento alla parte tecnica ed economica dell'offerta, confermando che "*nella fase precedente all'esame dell'offerta tecnica*

ed economica la stazione appaltante, in caso di carenze formali, ha l'alternativa tra l'esclusione dalla gara della concorrente o il c.d. soccorso istruttorio, mentre nella fase dell'esame di dette offerte - già ammesse - l'amministrazione non può consentire integrazioni. Ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica.” (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1030 del 13 febbraio 2019).

Ne risulta, pertanto, che l'interlocuzione fra stazione appaltante ed operatori economici è possibile e può essere attuata attraverso il soccorso istruttorio, anche nella fase successiva a quella amministrativa, a condizione che sia rigorosamente rispettato il divieto di modificazione e/o integrazione postuma dell'offerta e nei soli casi di inesattezze ed imprecisioni dell'offerta causati dalla non chiara formulazione della lex di gara o altra causa non imputabile al concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 2146 del 27 marzo 2020).

Alla luce del dato normativo e della consolidata giurisprudenza sul punto, nel caso in esame si appalesa pertanto legittima la scelta operata dalla Stazione appaltante di non avviare alcuna interlocuzione con la ricorrente in ordine alle riscontrate carenze dell'offerta tecnica; con conseguente infondatezza della censura.

4. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce che l'esclusione si sarebbe basata su presupposti erronei.

In particolare:

- per quanto riguarda la circostanza *sub b)* relativa alla carenza nella relazione tecnica della descrizione del progetto tecnico-grafico della Buvette, la società ricorrente lamenta che – nella sua qualità di gestore uscente del servizio - avrebbe rappresentato in progetto che non intendeva effettuare alcun intervento modificativo dell'attuale

stato dei luoghi, e non a caso avrebbe inserito due fotografie della Buvette nel suo stato attuale da cui si evincerebbe chiaramente la volontà di preservarne l'assetto senza apportarvi modificazioni; sicché la Commissione giudicatrice, e poi l'Amministrazione in sede di autotutela, non avrebbero tenuto nel debito conto che al punto 2 del capitolato tecnico e dal Disciplinare l'esecuzione di interventi di adeguamento è prevista come solamente "eventuale";

- per quanto riguarda la planimetria della Buvette riportata a pag. 7 della relazione tecnica [circostanza rilevata sub a) dalla Commissione], la Società ricorrente ritiene di avere efficacemente rappresentato nell'istanza di autotutela come la stessa costituiva il frutto di un mero errore materiale, riferendosi in effetti ad altri luoghi.

La ricorrente deduce che se l'Amministrazione avesse consentito il ricorso al soccorso istruttorio, la Commissione avrebbe avuto la possibilità di valutare compiutamente la proposta di Bar Banqueting ai sensi del criterio A.1 del disciplinare, risultando recessive le esigenze di garantire la par condicio tra concorrenti essendo la ricorrente la sola ad aver partecipato alla gara.

In definitiva, la decisione di escludere l'offerta di Bar Banqueting sarebbe manifestamente sproporzionata e contrastante con le ineludibili esigenze di chiarezza degli atti di gara, di tassatività delle cause di esclusione, di tutela del favor participationis e di leale collaborazione fra amministrazione e privati.

4.1. Il motivo è infondato.

Occorre prendere le mosse dalla considerazione che gli atti di gara hanno indicato quale oggetto della procedura due attività, e più precisamente:

1) l'affidamento in concessione del servizio di gestione bar tavola calda e fredda, con relativa preparazione dei pasti, presso i locali siti nella sede della Regione Lazio di

Via R. Raimondi Garibaldi 7, piano terra palazzina B e buvette primo piano palazzina A, di seguito definiti anche punti di ristoro.

2) la predisposizione di un layout delle sale sopra descritte oltre che l'indicazione esaustiva degli eventuali interventi che si rendono strettamente indispensabili per l'allestimento dei locali e per adeguare i locali alle esigenze specifiche, oltre che i tempi necessari.

Al Capitolato Tecnico sono state allegate le planimetrie dei locali (All. L e All. M al Capitolato).

Le previsioni sopra riportate sono state ribadite anche al punto 21 del Capitolato Tecnico, ove si aggiunge che: *«Il Gestore dovrà effettuare, con oneri a proprio carico, gli eventuali lavori di adeguamento che risultassero necessari per l'installazione di arredi ed attrezzature in conformità al progetto presentato in sede di gara e nel rispetto della tempistica ivi indicata»* (pag. 40 del Capitolato Tecnico).

Il Disciplinare di Gara inoltre contiene la seguente previsione al punto 15, relativo all'offerta tecnica: *«La "Relazione tecnica" dovrà esporre, in modo completo e dettagliato, in distinti capitoli, paragrafi e sotto paragrafi, gli aspetti oggetto di valutazione tecnica, secondo lo schema che segue: ...»*.

In tutti i suddetti atti si parla sempre dei locali messi a disposizione, chiamati anche punti di ristoro, comprendendo sia i locali posti al piano terra della Palazzina B che quelli della buvette, siti al I piano della palazzina A.

Ciò premesso, venendo ai fatti di causa, la Commissione, all'esito di un sopralluogo negli spazi adibiti a buvette della Palazzina A, ha ravvisato l'oggettiva esistenza di gravi criticità, che non sono contestate dalla ricorrente e che non appare ultroneo qui rammentare:

- a) difformità del progetto tecnico-grafico proposto per gli spazi adibiti a Buvette siti al primo piano della Palazzina A, di cui a pagina 7 della relazione tecnica rispetto alla planimetria di cui all'Allegato M "Planimetria buvette primo piano palazzina A)" alla determinazione a contrarre n. G08316 del 14/06/2023;
- b) carenza nella relazione tecnica della descrizione del progetto tecnico-grafico della Buvette con particolare riferimento agli aspetti di cui al capitolo A.1 del disciplinare di gara;
- c) assenza dell'elaborato grafico relativo alla Buvette nel documento denominato "Elaborati grafici" inserito dall'operatore economico nella Busta Tecnica.

Orbene non vi è dubbio che tali criticità costituiscono carenze di elementi essenziali dell'offerta tecnica; infatti l'operatore economico, nonostante il sopralluogo obbligatorio da esso effettuato prima della presentazione dell'offerta, ha presentato, per gli spazi adibiti a Buvette siti al primo piano della Palazzina A, un progetto grafico difforme rispetto a quanto previsto dagli atti di gara Allegato M "Planimetria buvette primo piano palazzina A" , inserendo o omettendo elementi essenziali presenti nella realtà dei luoghi (inserimento di una finestra inesistente ed omissione di un pilastro portante e di un vano ascensore nonché dislocazione dei servizi e degli spogliatoi in altri luoghi).

Sotto un primo profilo deve rilevarsi nell'offerta non vi è nessun specifico riferimento al fatto che la Società Bar Banqueting srl aveva deciso di non effettuare alcun intervento modificativo dell'attuale stato dei luoghi concernente la buvette, sita al I piano della palazzina A della sede della Giunta regionale, tale da giustificare la non presentazione di un layout della buvette, come invece affermato nel ricorso. Apparendo pertanto del tutto plausibile quanto affermato dalla difesa regionale circa il fatto che, anzi, la presentazione di una planimetria, seppur errata, faceva pensare

che la società in questione volesse apportare delle modifiche; a fortiori posto che, oltre alla piantina, veniva presentata una leggenda analitica degli arredi riferiti alla buvette, facendo intendere la reale intenzione di sostituirli con quelli attualmente presenti.

Appare quindi legittimo quanto esplicitato dalla Commissione circa il fatto che una offerta tecnica incerta e non lineare come quella presentata, era ritenuta forviante a tal punto da prefigurare, per la pubblica amministrazione, un quadro assolutamente incerto dei doveri e degli obblighi contrattuali che sarebbero scaturiti dall'accettazione della stessa.

Infatti, è indubbio che grava sull'offerente l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile, e che il concorrente è gravato dall'obbligo di diligenza ex art. 1176 c.c., non potendo liberamente modificare quanto ha dichiarato in sede di gara adducendo errori "di distrazione".

D'altra parte nemmeno rileva, ai fini dell'invocata ammissibilità del soccorso istruttorio, la circostanza che la ricorrente fosse l'unico soggetto partecipante alla gara, nonché il gestore uscente del servizio, per inferirne l'ammissibilità di una deroga al principio di immodificabilità dell'offerta tecnica e del rispetto della par condicio tra i concorrenti.

Il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 46 del d.lg. n. 163/2006, infatti, trova un limite insuperabile nell'esigenza di garantire sia il rispetto del principio di parità di trattamento degli offerenti, sia del principio di trasparenza delle offerte; il quale ultimo ha essenzialmente il fine di garantire che non sussista un rischio di favoritismi e di arbitrarietà da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, costituendo un principio immanente nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica che deve ritenersi operante anche in caso di unico concorrente: invero, detto principio

risulterebbe violato se, in virtù dell'assenza di una pluralità di concorrenti, le opportunità di regolarizzazione offerte dalla stazione appaltante all'unico concorrente in gara si traducessero in occasione di sistemazione postuma di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione.

5. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi, il ricorso è infondato e va rigettato.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente Bar Banqueting S.r.l. al pagamento delle spese di lite che liquida, in favore della Regione Lazio, in € 2.000,00 (duemila/00) oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

Ida Tascone, Referendario

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI