

N. 02376/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00848/2024 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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 848 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Rhodigium Nuoto 2006 s.s.d. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B17BA6E8CC, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Dal Pra', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Rovigo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco De Giorgio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Pool 4.0. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Acqua Time s.s.d. a r.l. e Sport Ravennate s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano

Salomoni, Andrea Santoro e Lorenzo Bolognini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, nonché i motivi aggiunti depositati l'8 agosto 2024 da Rhodigium Nuoto 2006 s.s.d. a r.l.:

- del provvedimento del 21.6.2024, prot. n. 50005, a firma del RUP, che ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara individuata dal codice CIG B17BA6E8CC “*in quanto l'offerta corredata dal PEF risulta incongruente e conseguentemente non attendibile, con possibile perdita di affidabilità e realizzabilità della stessa*”;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara (allo stato non ancora conosciuto) in favore del controinteressato;

- di ogni altro atto presupposto o conseguente, ivi espressamente comprese la richiesta di giustificazioni per offerta anomala del RUP del 20.6.2024, prot. n. 0049572, il resoconto della seduta pubblica del 17.06.2024 e successiva richiesta di chiarimenti, prot. n. 49024/2024, menzionati nella suddetta richiesta di giustificazioni e non conosciuti dalla ricorrente;

e per la condanna del Comune di Rovigo, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto tra lo stesso e il controinteressato, a disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente con il subentro della medesima nell'esecuzione del contratto.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 2 settembre 2024 da Rhodigium Nuoto 2006 s.s.d. a r.l.:

- della determinazione n. 2724 del 7.8.2024 del Dirigente Settore Appalti e Gare del Comune di Rovigo, con cui è stata disposta l'aggiudicazione all'ATI

controinteressata con capogruppo Pool 4.0. s.r.l. la concessione del servizio di gestione del polo natatorio di Rovigo (CIG: B17BA6E8CC), nonché di tutti gli atti presupposti e/o conseguenti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rovigo e di Pool 4.0. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 settembre 2024 il dott. Alberto Ramon e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Rovigo, con deliberazione del Commissario Straordinario, assunta con i poteri della Giunta Comunale, n. 62 del 18 aprile 2024, ha disposto di affidare in concessione la gestione del polo natatorio sito in viale Porta Po n. 88 mediante procedura di evidenza pubblica, prevedendo l'affidamento sia delle due piscine coperte che dell'area ludica all'aperto.

Con determinazione a contrarre n. 1538 del 29 aprile 2024, è stata quindi indetta una procedura negoziata *ex art.* 187 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione della struttura per una durata di 12 mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi.

Con successiva deliberazione del Commissario Straordinario, assunta con i poteri della Giunta Comunale, n. 153 del 21 maggio 2024, è stato stabilito “*di indire la gara solo per la parte interna del polo natatorio, riservando ad un'eventuale opzione di modifica la*

gestione della piscina ludica, per la parte residua dell'estate 2024, solo nel momento in cui eventualmente si potrà rendere disponibile a seguito di completamento dei lavori di messa in sicurezza acquisendo sin d'ora l'impegno del futuro aggiudicatario, per la parte interna, di gestire anche la parte esterna, qualora se ne ravvisi la possibilità, con un incremento del canone proporzionato all'offerta presentata'.

Pertanto, con determinazione dirigenziale n. 1850 del 22 maggio 2024, è stato approvato il disciplinare di gara.

Entro la scadenza del termine, prevista per il 7 giugno 2024, sono pervenute due offerte, rispettivamente presentate da Rhodigium Nuoto 2006 s.s.d. a r.l. (d'ora innanzi, solo Rhodigium) e dal R.T.I. costituito da Pool 4.0 s.r.l. (d'ora innanzi, solo Pool 4.0), Acqua Time s.s.d. a r.l. e Sport Ravennate s.r.l. Entrambi i concorrenti sono stati ammessi alla gara, come risulta dal verbale del seggio di gara di pari data. La commissione giudicatrice, nella seduta del 17 giugno 2024, ha rilevato che l'offerta di Rhodigium, prima classificata nella graduatoria provvisoria, fosse potenzialmente anomala in base ai valori indicati nel piano economico finanziario (P.E.F.), con conseguenti possibili criticità in ordine alla sostenibilità e realizzabilità dell'offerta stessa. Sicché la commissione ha invitato il R.U.P. a richiedere alla concorrente, ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, la presentazione di analitiche giustificazioni relative alle voci di entrata e di spesa indicate nel P.E.F. presentato a corredo dell'offerta economica.

Indi il R.U.P., con nota prot. 49572 del 20 giugno 2024, ha chiesto a Rhodigium *“di fornire le giustificazioni relative alle voci, sia di entrata che di spesa, indicate nel PEF, mediante presentazione di dettagliata esplicitazione delle stesse”*, assegnando all'uopo il termine fino alle ore 12:30 del 21 giugno 2024.

Rhodigium ha quindi trasmesso le giustificazioni richieste entro il termine concesso, le quali sono state valutate dal R.U.P., avvalendosi del supporto della commissione giudicatrice, nella stessa giornata del 21 giugno 2024.

In esito a tale esame, il R.U.P. ha ritenuto *“l’offerta corredata dal PEF incongruente e conseguentemente non attendibile, con possibile perdita di affidabilità e di realizzabilità della stessa”* (cfr. verbale di gara del 21 giugno 2024).

Di conseguenza, il R.U.P., con nota prot. 50005 del 21 giugno 2024, ha disposto l’esclusione di Rhodigium dalla gara.

2. Avverso tale determinazione, Rhodigium è insorta in questa sede con ricorso notificato il 28 giugno 2024 e depositato il 3 luglio 2024, articolando le seguenti censure.

I) *“Violazione dell’art. 19.3. del disciplinare di gara, nonché del principio del contraddittorio e del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio di buon andamento e di imparzialità”*.

Nella prospettazione attorea, il Comune – concedendo alla concorrente meno di 24 ore per fornire le giustificazioni della propria offerta economica – avrebbe violato l’art. 19.3. del disciplinare di gara, il quale prescrive a tal fine l’assegnazione di un termine non inferiore a 15 giorni. Inoltre, la richiesta di chiarimenti sarebbe stata del tutto generica, facendo riferimento a tutte le voci *“sia di entrata che di spesa, indicate nel PEF”*, senza quindi alcuna indicazione degli elementi che hanno fondato il sospetto di anomalia e che, poi, sono stati posti alla base del provvedimento di esclusione (vale a dire il costo da sostenere per due baristi e le spese per le prestazioni dei servizi): il che avrebbe determinato la lesione del contraddittorio nel subprocedimento in discussione.

II) *“Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti e per travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Manifesta irragionevolezza e illogicità”*.

Il giudizio di anomalia dell’offerta, osserva la ricorrente, sarebbe inficiato da errori e travisamenti macroscopici, tali da rendere manifestamente irragionevole e illogica la sua esclusione dalla gara, oltreché da un evidente difetto di motivazione. I dati da essa indicati a giustificazione dei costi relativi alla gestione del bar, alla fornitura dell’energia elettrica e del gas, ai collaboratori sportivi e ai servizi di pulizia e sorveglianza non risulterebbero incongrui, di contro a quanto sostenuto dal Comune. La ricorrente avrebbe potuto fornirne la dimostrazione, come peraltro compiuto in giudizio, se l’Amministrazione le avesse concesso il termine previsto dall’art. 19.3. del disciplinare, necessario per compiere un analitico esame dello storico della propria documentazione contabile.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Rovigo, rilevando l’inammissibilità oltreché l’infondatezza delle censure oggetto del ricorso.

In particolare, il primo motivo di ricorso sarebbe inammissibile per difetto di interesse in quanto Rhodigium non avrebbe impugnato l’art. 19.3. del disciplinare, nonostante ivi sia previsto, a causa di un refuso nella redazione della legge di gara, un termine per la presentazione delle giustificazioni *contra legem*: ossia *“un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta”* anziché, come previsto dall’art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, un *“termine non superiore a quindici giorni”*. Sotto altro profilo, la ricorrente – nel momento in cui ha ricevuto la nota del R.U.P. del 20 giugno 2024 – non avrebbe eccepito l’eccessiva brevità del termine, né avrebbe chiesto un prolungamento dello stesso, prestando di fatto acquiescenza alla richiesta dell’ente concedente.

Anche il secondo motivo di ricorso, nella parte in cui censura il quadro economico di massima, sarebbe parimenti inammissibile: tale censura, per l'Amministrazione resistente, sarebbe tardiva rispetto alla pubblicazione degli atti di gara e generica, non essendo enunciato alcun profilo di illegittimità dell'atto in questione.

3.1. Si è costituita altresì in giudizio la società Pool 4.0, in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. costituito con Acqua Time s.s.d. a r.l. e Sport Ravennate s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame nel merito.

4. Alla camera di consiglio del 10 luglio 2024, la trattazione della domanda cautelare è stata rinviata, su istanza della ricorrente, al fine di consentire al Comune di Rovigo di determinarsi sull'istanza di accesso agli atti di gara presentata il 25 giugno 2024 dalla stessa Rhodigium.

5. Con motivi aggiunti notificati il 25 luglio 2024 e depositati l'8 agosto 2024, Rhodigium – a seguito dell'ostensione dell'offerta del R.T.I. concorrente – ha proposto nuove censure avverso gli atti già in precedenza impugnati.

I) *“Violazione dell'art. 19.3 del disciplinare di gara e dell'art. 110 del D.Lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti e per difetto di motivazione. Manifesta irragionevolezza e illogicità”*.

L'offerta del R.T.I. concorrente riporterebbe importi inferiori a quelli di Rhodigium proprio in relazione a talune voci di costo (ossia collaboratori sportivi, energia elettrica e gas) la cui supposta incongruità avrebbe determinato la sua esclusione dalla gara.

II) *“Eccesso di potere per insussistenza dei presupposti e per travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Manifesta irragionevolezza e illogicità”*.

A fronte del fatto che il raggruppamento controinteressato avrebbe indicato alcune voci di costo inferiori a quelle della ricorrente, il Comune di Rovigo avrebbe dovuto

motivare con particolare rigore l'esclusione di quest'ultima dalla gara, non potendo limitarsi ad affermare in maniera generica ed apodittica l'incongruità dei costi riportati nel suo P.E.F.. D'altra parte, il fatto che entrambe le concorrenti abbiano indicato, nel complesso, valori di costo analoghi avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione a ritenere i P.E.F. dei due partecipanti come corrispondenti a valori di mercato attendibili e quindi congrui oppure, in alternativa, a ritenere anomale entrambe le offerte.

6. Con ulteriori motivi aggiunti notificati il 30 agosto 2024 e depositati il 2 settembre 2024, Rhodigium ha impugnato la determinazione n. 2724 del 7 agosto 2024 del Dirigente Settore Appalti e Gare del Comune di Rovigo, mercé la quale è stata disposta l'aggiudicazione della concessione in esame al R.T.I. con capogruppo Pool 4.0.

La ricorrente ha riproposto, avverso quest'ultimo provvedimento, le stesse censure già articolate nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti: l'aggiudicazione, infatti, sarebbe illegittima in via derivata per l'effetto della illegittimità degli atti in precedenza impugnati, ad essa presupposti, sicché dall'annullamento di questi ultimi dovrebbe derivare anche la caducazione della determinazione da ultimo gravata.

7. Alla camera di consiglio del 18 settembre 2024, in vista della quale tutte le parti costituite hanno depositato memorie, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., come da avviso dato alle parti in udienza e riportato nel relativo verbale.

8. Con riguardo all'ordine di esame dei motivi di ricorso, deve principiarsi dallo scrutinio della prima censura del ricorso introduttivo: ciò in conformità al principio della domanda, posto che la stessa ricorrente ha qualificato la doglianza come assorbente.

L'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse sollevata, in relazione alla medesima censura, dal Comune di Rovigo non è condivisibile.

A tal riguardo, la parte resistente rileva, da un lato, che l'art. 19.3 del disciplinare non sarebbe stato impugnato, neanche unitamente al provvedimento di esclusione, e, dall'altro lato, che non vi sarebbe stata alcuna contestazione da parte di Rhodigium del termine fissato per la risposta alla richiesta di giustificazioni, con conseguente acquiescenza allo stesso.

Giova precisare come l'art. 19.3. del disciplinare abbia previsto l'assegnazione, per la presentazione delle giustificazioni relative agli aspetti anomali dell'offerta, di *“un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta”*.

Tale disposizione ricalca, a ben vedere, la previsione non più vigente dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui doveva essere concesso *“un termine non inferiore a quindici giorni”* per la presentazione delle giustificazioni, discostandosi invece dall'art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile alla fattispecie in esame, ove è stabilito che *“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”*.

Nonostante la *lex specialis* presenti una formulazione difforme dall'art. 110, comma 2, sopra riportato, deve comunque escludersi – contrariamente a quanto affermato dalla parte resistente – un contrasto insanabile tra le due disposizioni: invero è possibile interpretare l'art. 19.3. del disciplinare in senso conforme al nuovo codice dei contratti pubblici, nel senso che l'ente concedente abbia inteso riconoscere un termine esattamente pari a quindici giorni per la produzione delle spiegazioni sulla congruità dell'offerta.

In ogni caso, Rhodigium non avrebbe avuto alcun interesse ad impugnare la predetta clausola della legge di gara, in quanto la stessa, se interpretata nel senso sopra indicato, riconosce all'operatore economico il maggior termine concesso dalla legge (quindici giorni, per l'appunto) per predisporre le giustificazioni della propria offerta. Così come deve escludersi che il ricorrente – non contestando nell'immediatezza il termine *ad horas* previsto nella nota del R.U.P. del 20 giugno 2024, né richiedendo una dilazione dello stesso – abbia prestato acquiescenza alla scadenza imposta dall'Amministrazione.

Tale argomento si fonda sull'assunto, espresso dallo stesso Comune di Rovigo, per cui ove la concorrente avesse ritenuto il termine non idoneo a consentirle di fornire le giustificazioni richieste, avrebbe potuto rappresentare la circostanza alla stazione appaltante, al fine di chiedere un termine più ampio per la risposta.

Invero tale facoltà di proroga risulta smentita dalla stessa legge di gara, ove nel più volte richiamato art. 19.3. è stabilito che *“la mancata trasmissione delle giustificazioni di cui sopra o la trasmissione delle stesse oltre il termine perentorio indicato nella lettera di richiesta, comporterà l'automatica esclusione dalla gara”*.

A fronte della perentorietà del termine previsto dall'ente concedente, la concorrente, onde evitare l'esclusione dalla procedura comparativa, non ha avuto alternative rispetto alla presentazione delle giustificazioni secondo le indicazioni ricevute dall'Amministrazione, risultando quindi costretta a predisporre le stesse in meno di ventiquattro ore dalla richiesta.

D'altronde, l'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo sussiste solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed irrefutabile volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività: pertanto, va esclusa la possibilità

di affermare la sussistenza dell'acquiescenza per mera presunzione, non potendosi in tal caso trovare univoco riscontro della volontà dell'interessato di accettare tutte le conseguenze derivanti dall'atto amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2005, n. 1743).

Tale volontà di accettare gli effetti del provvedimento, equivalente a una rinuncia tacita a contestare il termine concesso dalla stazione appaltante, non è ravvisabile nel caso qui in esame, anche in considerazione dell'assoluta esiguità della durata del termine e del carattere perentorio dello stesso.

Da ciò discende l'infondatezza dell'eccezione in rito mossa dal Comune di Rovigo.

9. Nel merito, il primo motivo di ricorso è fondato nei termini di seguito esposti.

Come sopra precisato, il R.U.P., con nota del 20 giugno 2024, ha chiesto a Rhodigium di fornire, entro le ore 12:30 del giorno successivo, *“le giustificazioni relative alle voci, sia di entrata che di spesa, indicate nel PEF, mediante presentazione di dettagliata esplicitazione delle stesse”*.

Tale determinazione si pone in contrasto, innanzitutto, con l'art. 19.3. del disciplinare, in base al quale l'Amministrazione si è autovincolata a concedere un termine pari a quindici giorni per la presentazione delle spiegazioni sulle voci di costo sospette di anomalia. Il Comune, infatti, da un lato, ha stabilito *ab initio* che dovesse applicarsi il termine massimo previsto dall'art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023; dall'altro lato, ha introdotto la previsione sulla natura perentoria dello stesso.

In ogni caso, quandanche si accedesse all'interpretazione sostenuta dalla parte resistente – secondo cui la *lex specialis* conterrebbe un refuso, sicché la stessa sarebbe recessiva rispetto all'applicazione del citato art. 110, comma 2 –, comunque la previsione di un solo giorno per produrre spiegazioni dettagliate su tutte le voci, in

entrata e in uscita, del D.E.F., vieppiù a pena di esclusione, risulta contraria ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, che sono espressione del principio di buon andamento invocato dalla ricorrente.

Difatti la disposizione succitata del codice dei contratti pubblici – nello stabilire, con chiaro intento acceleratorio, che le spiegazioni sui costi proposti debbano essere fornite in “*un termine non superiore a quindici giorni*” –, rimette alla discrezionalità della stazione appaltante la determinazione del termine nel caso concreto, affinché la stessa ne fissi uno congruo rispetto agli adempimenti rimessi all’operatore economico. In particolare, l’Amministrazione è tenuta a parametrare il termine alla mole e alla complessità dei chiarimenti dalla stessa richiesti al fine di superare il dubbio sull’anomalia dell’offerta.

Una tale lettura dell’art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 si impone alla luce dei principi di concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità, che, in virtù del precedente art. 4, costituiscono il canone ermeneutico necessario per tutte le disposizioni del codice dei contratti pubblici. Ne deriva che il termine stabilito per le giustificazioni debba essere determinato in misura tale da favorire la partecipazione dell’impresa alla procedura selettiva, permettendogli quindi di chiarire il contenuto della propria offerta, anziché da agevolare l’esclusione, come avvenuto nel caso di specie.

Applicando tali coordinate interpretative al caso in esame, è evidente che un solo giorno non possa costituire un termine ragionevole per consentire alla concorrente di predisporre “*una dettagliata esplicitazione*” delle giustificazioni su tutte le voci attive e passive del P.E.F. – il quale presentava una composita articolazione stante la complessità del servizio oggetto della concessione –, peraltro senza che il R.U.P.

avesse indicato “*le componenti specifiche dell’offerta ritenute anomale*”, come pur ammesso dall’art. 19.3. del disciplinare.

Ne consegue la fondatezza della censura concernente l’irragionevolezza del termine concesso per la presentazione delle giustificazioni, ai sensi dell’art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, dell’art. 19.3. del disciplinare e dei principi generali afferenti al buon andamento, alla concorrenza e al *favor participationis*.

10. Anche il secondo motivo del ricorso introduttivo è fondato, nella parte in cui contesta l’evidente difetto di motivazione del giudizio di anomalia dell’offerta, in forza del quale la ricorrente è stata esclusa dalla gara.

È opportuno, a tal proposito, riportare il contenuto del provvedimento di esclusione. Ivi il R.U.P. ha dapprima valutato come “*sufficiente a coprire le spese degli stipendi a carico dell’azienda*” il costo di € 192.000,00 indicato nel P.E.F. di Rhodigium. Tale giudizio ha tenuto conto delle figure professionali da impiegare nell’espletamento del servizio indicate nell’offerta e del monte ore specificato in sede di chiarimenti.

In seguito, il R.U.P., “*in relazione al costo dei n. 2 baristi indicati alla voce «Bar»*”, ha valutato “*la spesa di € 50.000,00 indicata insufficiente a coprire i costi dichiarati di n. 40 ore/persona in quanto sulla scorta di quanto previsto dal CCNL – aggiornato a giugno 2024, la spesa relativa dovrebbe essere pari ad € 58.000,00 circa*”.

Con riguardo poi “*all’analisi dei costi relativi alle «Prestazioni di servizi»*”, il R.U.P. ha ritenuto che “*la spesa di fornitura energia elettrica e gas quantificate in euro 184.000,00, la spesa dei Collaboratori sportivi quantificata in euro 190.840,00 e delle Pulizie e sorveglianza in euro 34.000,00 siano [...] non congrue ed inoltre non riconducibili ai dati storici in possesso della ditta, come dichiarato dalla stessa*”.

Da quanto sopra riportato, risulta che l'unica voce di costo per cui l'Amministrazione ha fornito un'effettiva motivazione in ordine alla sua insostenibilità sia quella dei due addetti al servizio di ristoro, laddove ha evidenziato il mancato rispetto dei minimi tabellari: senonché l'inesattezza del costo del personale addetto al bar costituisce – nel complesso delle voci del P.E.F. – un leggero scostamento, irrilevante ai fini del giudizio di congruità dell'offerta economica complessivamente considerata (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 6 novembre 2023, n. 16401).

In relazione, invece, alle voci di spesa – ben più rilevanti sull'equilibrio globale del P.E.F. presentato da Rhodigium – concernenti la fornitura dell'energia elettrica e del gas, i collaboratori sportivi e le pulizie e la sorveglianza, l'Amministrazione si è limitata a rilevarne l'incongruità e la non riconducibilità ai dati storici forniti dalla stessa concorrente, senza tuttavia né specificare quali elementi renderebbero insostenibili le voci di costo, né chiarire la ragione per cui i dati dichiarati in sede di giustificazioni contrasterebbero con i dati economici e patrimoniali relativi alla passata gestione del medesimo impianto natatorio da parte dell'odierna ricorrente.

Sul punto, è opportuno rammentare che, per il consolidato orientamento giurisprudenziale, *“lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale”* (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393).

Ne deriva la fondatezza della censura relativa al difetto di motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta e, di conseguenza, del provvedimento di esclusione della ricorrente.

11. La fondatezza dei motivi di ricorso sopra esaminati consente di prescindere dallo scrutinio delle restanti doglianze, stante il carattere assorbente delle predette censure, in quanto relative ai vizi del procedimento di verifica di anomalia e del suo provvedimento conclusivo e non al merito del giudizio espresso dall'Amministrazione.

12. Ne consegue, per le ragioni sopra addotte, l'illegittimità della valutazione di anomalia dell'offerta presentata da Rhodigium, con conseguente illegittima anche del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura selettiva, in quanto fondato in via esclusiva sulla circostanza che *“l'offerta corredata dal PEF risulta incongruente e conseguentemente non attendibile, con possibile perdita di affidabilità e realizzabilità della stessa”*, oltreché, in via derivata, del provvedimento di aggiudicazione della concessione a favore del R.T.I. con capogruppo mandataria Pool 4.0, poiché avente come atto presupposto l'esclusione di Rhodigium (la quale, nella graduatoria provvisoria, era risultata prima classificata).

Occorre pertanto annullare i provvedimenti impugnati in modo da permettere la riattivazione della fase di verifica di anomalia dell'offerta: ciò poiché le omissioni istruttorie e il difetto di motivazione riscontrati nel subprocedimento di verifica dell'anomalia non possono essere colmate in sede giudiziale, ragione per cui l'annullamento del giudizio di anomalia comporta la retrocessione del procedimento e l'obbligo della stazione appaltante di ripetere detta verifica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 agosto 2019, n. 5674).

In particolare, la giurisprudenza ha precisato come sia *“incontestato che l’illegittimità di un atto endoprocedimentale determina la regressione del procedimento all’inizio del segmento procedimentale in cui esso si colloca. Nel caso di annullamento dell’esclusione dalla gara per illegittimità del giudizio di incongruità dell’offerta, l’effetto conformativo comporta la riammissione alla procedura e la regressione di questa ad un nuovo subprocedimento di verifica, atteso che l’offerta va comunque vagliata, sotto il profilo di anomalia, da parte della stazione appaltante. Di regola, infatti, a fronte della riammissione alla gara residuano in capo alla stazione appaltante margini di riesercizio del potere di apprezzamento della serietà e sostenibilità dell’offerta”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2021, n. 5609).

L’annullamento del provvedimento di aggiudicazione, a fronte dei profili d’illegittimità riscontrati, non comporta pertanto il necessario e automatico affidamento della concessione in favore della ricorrente, bensì la necessità di una rivalutazione dell’anomalia dell’offerta da parte dell’Amministrazione, sulla scorta dei principi sopra affermati, relativi sia alla necessità di un termine congruo per la predisposizione delle giustificazioni, sia ai requisiti della motivazione del giudizio su queste ultime.

L’aggiudicazione a favore di Rhodigium potrà conseguire solo all’esito della rinnovazione del procedimento di verifica di congruità dell’offerta, dal momento che l’una e l’altra sono di spettanza della stazione appaltante, senza che possa il giudice amministrativo adito per l’annullamento del provvedimento di esclusione pervenire per via autonoma all’individuazione quale aggiudicatario del ricorrente vittorioso (cfr. Cons. Stato, n. 5609 del 2021, *cit.*).

13. La domanda di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto e di subentro nello stesso non può invece trovare accoglimento, in forza della circostanza per cui non può essere accertata la *“possibilità di subentrare nel contratto”* (arg. ex art. 122 cod.

proc. amm.) in capo a Rhodigium. Tale accertamento consegue, infatti, alla riattivazione del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta e all'esito positivo dello stesso: solo in questo caso, Rhodigium potrà essere dichiarata aggiudicataria della concessione per cui è causa e, conseguentemente, conseguire in forma specifica il soddisfacimento del bene della vita cui ambiva con l'instaurazione del presente giudizio.

Sul punto, è opportuno rammentare che *“anche quando, unitamente all'esclusione dalla gara venga annullata, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione ad altro concorrente, all'annullamento di questa aggiudicazione non consegue mai automaticamente la dichiarazione di inefficacia del contratto frattanto stipulato, dovendosi verificare che sia possibile, oltre che richiesto, il subentro nel contratto da parte del concorrente escluso e che l'aggiudicazione in favore di questi sia possibile senza necessità di rinnovare la gara o anche soltanto un suo segmento, come è per il caso di mancato esito favorevole del giudizio di anomalia ex art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016”* (cfr. Cons. Stato, n. 5609 del 2021, *cit.*).

14. In conclusione, il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, va accolto nei termini sopra esposti e, per l'effetto, vanno annullati i provvedimenti impugnati, disponendo la riattivazione del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta economica e del corredato P.E.F. presentati da Rhodigium secondo quanto suesposto.

15. La particolarità delle questioni oggetto di causa giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei

sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati per quanto d'interesse alla ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 18 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alberto Ramon

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO