

Lex specialis di gara non può imporre, a pena di esclusione, l'applicazione di un CCNL all'operatore che partecipa

di Maria Lucia Civello, Maria Lucia Civello

Data di pubblicazione: 21-6-2019

Bando e lettera d'invito – Previsione a pena di esclusione di un determinato CCNL applicabile al personale – Impossibilità – Esclusione nel caso di mancata applicazione di un determinato CCNL – Impossibilità.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha di recente ribadito che *lex specialis* di gara non può legittimamente imporre, a pena di esclusione, l'applicazione di un determinato CCNL agli operatori che partecipano alla gara.

Nel caso di specie, la clausola sociale contenuta nella *lex specialis* obbligava l'aggiudicatario ad applicare ai propri lavoratori le condizioni normative e retributive minime stabilite da due CCNL diversi, parimenti applicabili allo specifico settore cui si riferiva la gara (vigilanza privata).

L'intervento è coerente con l'indirizzo ad oggi prevalente secondo cui - in linea con l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione sull'efficacia *erga omnes* dei CCNL a seguito del venir meno delle norme dell'ordinamento corporativo, richiamate dall'art. 2070 cod. civ. - non è legittima l'imposizione di regole adottate da associazioni datoriali e sindacali alle quali l'impresa non abbia volontariamente aderito (*ex multis*, Cass. Civ., Sez. Un., 26 marzo 1997, n.2665).

Ne discende - secondo la giurisprudenza amministrativa - che l'imprenditore dev'essere lasciato libero di scegliere il CCNL applicato al proprio personale dipendente, secondo alcuni persino qualora tale contratto non sia esattamente pertinente alla tipologia delle mansioni da espletare, spettando in tal caso al lavoratore dimostrare l'inadeguatezza della retribuzione in relazione alla qualità e quantità del lavoro prestato (TAR Torino, 22.01.2015 n. 144; v, anche T.R.G.A. Sez. Bolzano, 30 ottobre 2017, n. 299).

In questa prospettiva, una consolidata giurisprudenza ritiene che la disciplina di gara non possa imporre l'utilizzo di un determinato contratto collettivo ai fini del calcolo del costo della manodopera, trattandosi di scelta rientrante nella libera organizzazione dei fattori produttivi, con il limite della necessaria coerenza del CCNL utilizzato con l'oggetto del contratto da stipulare (Consiglio di Stato, sez. III n. 975/2017; n. 932/2017; n. 1901/2016; n. 589/2016).

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 28/05/2019

N. 03487/2019REG.PROV.COLL.

N. 06497/2018 REG.RIC.

N. 06748/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6497 del 2018, proposto da:
Aeroporti di Roma s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Giuseppe Lo Pinto, Luca Leone, Paola Conio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

contro

G.S.A. - Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

nei confronti

Ok Gol s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;
Elisicilia s.r.l., Phos s.r.l., Gielle di Galantucci Luigi, Confsal Vigili del Fuoco, non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6748 del 2018, proposto da

Ok Gol s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Elisicilia s.r.l. e Phos s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Confsal Vigili del Fuoco, non costituito in giudizio;
Gsa – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

nei confronti

Gielle di Galantucci Luigi, non costituito in giudizio;
Aeroporti di Roma s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Luca Leone, Giuseppe Lo Pinto, Paola Conio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

Entrambi per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, 30 luglio 2018, n. 8556, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della G.S.A. - Gruppo Servizi Associati s.p.a., della Ok Gol s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI, e della Aeroporti di Roma s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Paola Conio, Fabio Cintioli, Luca Mazzeo ed Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con gli appelli in epigrafe Aeroporti di Roma s.p.a. (di seguito "AdR" o "Aeroporti di

Roma”) e Ok Gol s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese Elisicilia s.r.l. e Phos s.r.l., mandanti, (di seguito “Ok Gol” o “RTI Ok Gol”), hanno impugnato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio-Roma, III, 30 luglio 2018, n. 8556, che, in accoglimento del ricorso (numero 9951/17 r.g.) e dei motivi aggiunti proposti dalla GSA - Gruppo Servizi Associati s.p.a. (nel prosieguo soltanto “GSA”), ha annullato gli atti gravati in prime cure e inerenti la procedura ristretta indetta da Aeroporti di Roma (con bando pubblicato nella G.U.U.E. del 10 novembre 2015 e sulla G.U.R.I. dell’11 novembre 2015) per l’affidamento del servizio annuale di vigilanza antincendio nell’Aeroporto “Leonardo da Vinci” di Fiumicino, con opzione di proroga sino ad un massimo di complessivi dodici mesi.

1.1. Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano sia l’odierna appellante Ok Gol sia GSA, risultate all’esito della valutazione delle offerte rispettivamente aggiudicataria (avendo riportato un punteggio di 86,964) e seconda graduata (con un complessivo punteggio di 78,346).

1.2. L’aggiudicazione definitiva della gara a favore del RTI Ok Gol s.r.l. (giusta determinazione n. prot. U0009297 del 2 maggio 2016) veniva poi annullata, con sentenza n. 323 del 10 gennaio 2017, dal Tribunale Amministrativo per il Lazio (per la ritenuta inidoneità e inconferenza rispetto all’oggetto della gara del requisito di capacità tecnica speso dalla concorrente) su ricorso proposto dalla stessa GSA, sicché AdR, in ottemperanza alla sentenza esecutiva di primo grado, revocava l’aggiudicazione in precedenza disposta e stipulava con GSA in data 27 gennaio 2017 il contratto per l’affidamento del servizio, tuttavia condizionandolo risolutivamente ai sensi dell’art. 1353 c.c. all’accoglimento di eventuali appelli proposti nei confronti della sentenza.

1.3. Con sentenza n. 4307 del 12 settembre 2017 questa V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva, previa riunione, gli appelli proposti da AdR e da Ok Gol, respingendo per l’effetto il ricorso di primo grado e, pur rilevando che l’accoglimento degli appelli principali avrebbe reso “*di suo inutile*”, per carenza di interesse, la decisione dell’appello incidentale della seconda classificata GSA (la quale contestava, tra l’altro, l’ammissione alla gara della terza graduata Gielle di Galantucci Luigi), ne esaminava nel merito i motivi “*per ragioni di completezza*”, respingendoli.

1.3.1. Tale sentenza veniva però impugnata con ricorso per cassazione ai sensi dall’art. 111 Cost. dalla stessa GSA la quale lamentava l’eccesso di potere giurisdizionale (per diniego del potere- dovere di giudicare a ragione dell’asserita violazione dei principi in tema di interesse ad agire e di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale) in cui sarebbe incorso questo Consiglio nella parte in cui non aveva esaminato, per carenza di interesse alla decisione, gli ulteriori motivi di appello incidentale avverso l’ammissione della terza classificata Gielle, sull’assunto che dalla sua esclusione e dalla conseguente mancata adozione del criterio del confronto a coppie sarebbe derivata la sicura prevalenza di GSA nel confronto concorrenziale.

1.3.2. GSA formulava anche istanza di sospensione della sentenza ex art.111 Cod. proc. amm. che veniva respinta da questa Sezione, con ordinanza collegiale n. 4809 del 10 novembre 2017, per carenza del danno grave e irreparabile.

1.4. A seguito della citata sentenza n. 4307/2017 GSA, con istanza del 20 settembre 2017, invitava la stazione appaltante a non risolvere il contratto e a dichiarare, in autotutela, l'incongruità dell'offerta di Ok Gol o, comunque, a sottoporla a nuova verifica di anomalia in quanto, a suo dire, divenuta incongrua nell'intervallo temporale tra la precedente verifica del marzo 2016 e il mese di settembre 2017 in ragione della sopravvenuta cessazione, a decorrere dal 31 dicembre 2016, di alcuni sgravi contributivi (previsti dall'art. 1, comma 178, legge 28 dicembre 2015, n. 208- *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato- Legge di stabilità 2016*) in virtù dei quali la stessa offerta della controinteressata sarebbe stata invece, a suo tempo, giudicata congrua.

1.4.1. Tuttavia Aeroporti di Roma, con nota del 26 settembre 2017 affermava di non ravvisare *“né i presupposti per l'annullamento in autotutela, né ragioni sufficienti a giustificare la revoca dell'aggiudicazione, la cui legittimità è stata confermata dalla sentenza”* del Consiglio di Stato e, con successiva nota del 4 ottobre 2017, preso atto del verificarsi dell'evento dedotto nella clausola apposta al contratto sottoscritto con GSA, ne dichiarava la risoluzione e stipulava quindi, in data 17 ottobre 2017, il contratto con l'originario aggiudicatario Ok Gol.

1.5. Ai fini di una migliore comprensione della vicenda per cui è causa, è opportuno sin da ora evidenziare che, con autonomo e distinto ricorso ai sensi degli artt. 31 e 117 Cod. proc. amm., GSA chiedeva allo stesso T.a.r. Lazio di accertare l'illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dalla stazione appaltante e dichiarare, per violazione dell'art. 21 *quinquies* legge n. 241 del 1990, *“l'obbligo di AdR di provvedere sull'istanza del 20.9.2017 di GSA e quindi di adottare ogni conseguente provvedimento formale, specifico ed espresso, diretto a dichiarare incongrua l'offerta del costituendo R.T.I. con capogruppo OK-GOL s.r.l. e con mandanti Phos ed Elisicilia”*, lamentando violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 1, comma 178, della legge n. 208 del 2015, sul presupposto che la suddetta nota del 26 settembre non integrasse riscontro formale, espresso e specifico all'istanza di GSA.

1.5.1. Il T.a.r. adito con sentenza 1255 del 2 febbraio 2018, pronunciata nella resistenza di AdR (la quale, costituitasi in giudizio, eccepiva in via preliminare l'inammissibilità e improcedibilità del ricorso, e nel merito ne chiedeva il rigetto per la sua infondatezza), accoglieva il ricorso di GSA nei sensi e termini di cui in motivazione, dichiarando l'illegittimità del silenzio serbato e il conseguente obbligo di provvedere sull'istanza di GSA diretta ad accertare fattori sopravvenuti di anomalia dell'offerta aggiudicataria, dandovi *“motivato riscontro”* anche ai sensi dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 *“indipendentemente dalla risposta positiva o negativa che verrà fornita in esito al riesame, nel termine di venti giorni dalla notifica o comunicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, c.p.a.”*. Il Tribunale Amministrativo, infatti, riteneva che fosse *“doveroso il riesame, quanto meno come fase prodromica all'autotutela, fermi restando i margini di discrezionalità di quest'ultima”*, in presenza di *“circostanze oggettive sopravvenute, tali da rendere plausibile o, comunque, possibile una riscontrata anomalia dell'offerta”*.

1.5.2. In esecuzione dell'anzidetta sentenza del Tar Lazio n. 1255/2018 (precisando, tuttavia, che con ciò non intendeva prestarvi acquiescenza) AdR, con nota del 22 febbraio 2018 (anch'essa impugnata poi da GSA con proposizione di motivi aggiunti nel parallelo ricorso di

cui al n. 9951/2017 r.g. dinanzi al T.a.r. Lazio) comunicava a GSA di aver compiuto il riesame, rilevando all'esito *“la piena sostenibilità dell'offerta anche dopo il venir meno degli sgravi predetti, alla luce dei dati sul costo del personale impiegato dall'ATI Ok Gol (dati peraltro validati da primaria società di consulenza) i quali risultano pacificamente compatibili con le valutazioni di congruità”*.

1.6. Con ricorso proposto al T.a.r. per il Lazio (successivamente integrato dai motivi aggiunti di seguito sinteticamente illustrati) GSA impugnava il provvedimento del 4 ottobre 2017, con cui AdR aveva dichiarato risolto il contratto di appalto stipulato con la ricorrente e ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa *“ove di contenuto provvedimento”* la nota di ADR del 26 settembre 2017.

1.6.1. Con primi motivi aggiunti al ricorso introduttivo GSA impugnava, inoltre, la decisione (di cui aveva avuto formale conoscenza in data 3 novembre 2017) in base alla quale AdR avrebbe consentito che il RTI Ok Gol modificasse alcuni elementi essenziali della propria offerta presentata in sede di gara, nonché ogni altro atto o provvedimento presupposto e consequenziale nel quale il raggruppamento controinteressato avesse assunto impegni contrastanti con quanto dichiarato in gara sia in sede di offerta tecnica sia di giustificativi forniti.

1.6.2. Con secondi motivi aggiunti in data 23 marzo 2018 GSA impugnava, altresì, la nota del 22 febbraio 2018 con cui AdR, all'esito del riesame e della rinnovata verifica di anomalia dell'offerta di RTI Ok Gol in esecuzione, non acquisite, alla sentenza n. 1255 del 2018 che aveva dichiarato l'illegittimità del silenzio serbato, decideva di *“confermare l'inesistenza di ragioni di pubblico interesse che consentano o, tantomeno, impongano ai sensi dell'art. 21 quinquies della L. 241/90 la revoca dei provvedimenti a suo tempo impugnati”*, gravando con i medesimi anche ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la validazione che sarebbe stata operata da *“primaria società di consulenza”* sui dati del costo del personale impiegato da RTI Ok Gol, nonché ogni altro provvedimento acquisito o formatosi nel corso del procedimento avviato da AdR in esecuzione della sentenza del T.a.r. Lazio n. 1255/2018, ivi compresa *“per quanto occorrer possa”* la nota del 23 marzo 2018, recante riscontro all'istanza di accesso di GSA in data 22 febbraio 2018.

1.6.3. Infine, con terzi motivi aggiunti al ricorso GSA impugnava i seguenti atti: a) l'atto della Commissione di gara 21 febbraio 2018- *“Relazione sulla verifica dei costi attuali del personale dell'A.T.I. Ok- Gol”*; b) l'Allegato A a detta Relazione- nota 19 febbraio 2018 dello Studio Tributario e Societario Vagnarelli con allegata tabella Deloitte; c) ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso l'elenco del personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto *“i cui 134 nominativi ivi indicati risultano coperti da omissis”*.

1.6.4. La ricorrente chiedeva anche la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more tra la stazione appaltante e il raggruppamento controinteressato e, inoltre, il risarcimento dei danni subiti in forma specifica mediante aggiudicazione della gara o, in subordine, per equivalente monetario.

1.7. Si costituivano in giudizio sia la stazione appaltante sia il raggruppamento controinteressato OK Gol, entrambi argomentando l'infondatezza del ricorso e dei motivi

aggiunti di cui chiedevano il rigetto, sostenendo, in particolare, che non vi sarebbe stata alcuna aggiudicazione (né espressa né implicita) a favore di Ok Gol oltre a quella del 2 maggio 2016, sicché la sua legittimità e la prodromica verifica di congruità dell'offerta andava valutata con esclusivo riferimento alla data di adozione di tali atti, anche in considerazione dell'asserita riferibilità dei successivi rilievi alla sola fase esecutiva del contratto, di cui sarebbe stato comunque assicurato il carattere remunerativo per l'impresa.

1.7.1. AdR e Ok Gol eccepivano preliminarmente, inoltre, l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, evidenziando, per un verso, che essa afferisse ad una risoluzione contrattuale determinata dalla mera presa d'atto del verificarsi dell'evento dedotto nella clausola apposta ex art. 1353 c.c. al contratto stipulato con GSA e, per altro verso, che era nelle more intervenuta la sottoscrizione del contratto di appalto tra AdR e Ok Gol, asserendo che, in ogni caso, le prospettate modifiche attenessero alla fase esecutiva e successiva all'aggiudicazione, con conseguente radicarsi della giurisdizione del giudice ordinario.

1.7.2. AdR eccepiva anche l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, per avere GSA prestato acquiescenza al subentro di Ok Gol, omettendo di impugnare la nota con cui la stazione appaltante aveva disposto l'avvicendamento nel servizio tra le due società nella notte tra il 19 e il 20 dicembre 2017.

1.7.3. Nel giudizio interveniva *ad adiuvandum* l'Associazione Vigili del Fuoco- Confsal al fine di sostenere le tesi difensive di GSA, sostenendo, in particolare, che Ok Gol, in vista del subentro nel servizio, avrebbe ricercato nuovo personale cui applicare un contratto di lavoro diverso da quello dichiarato in offerta (non più "*sorveglianza antincendio*", ma "*guardia ai fuochi*").

1.8. Con decreto monocratico presidenziale e con successiva ordinanza collegiale, veniva sospesa l'efficacia degli atti gravati. L'ordinanza cautelare veniva quindi impugnata con appello cautelare accolto dal Consiglio di Stato (con ordinanza n. 5463 del 15 dicembre 2017) per la ritenuta sussistenza del *fumus boni iuris* in relazione al dedotto profilo di inammissibilità del ricorso "*per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo a conoscere della risoluzione del contratto*".

Successivamente al giudizio cautelare, AdR procedeva, dunque, al cambio appalto con subentro nel servizio del RTI Ok Gol.

1.9. Con la sentenza in epigrafe il T.a.r. adito ha: a) ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo; b) annullato le note di AdR del 26 settembre 2017 e del 22 febbraio 2018 che avrebbero assunto valore provvedimento di nuova aggiudicazione o di conferma dell'aggiudicazione, ritenuta illegittima sull'assunto che il RTI Ok Gol avrebbe inammissibilmente modificato l'originaria offerta in relazione a profili essenziali, applicando nei confronti dei lavoratori un contratto collettivo diverso da quello originariamente dichiarato alla commissione di gara e, nel contempo, diminuendo il numero delle risorse impiegate per lo svolgimento del servizio, modificandone anche le relative qualificazioni; c) dichiarato assorbita ogni altra ragione difensiva non espressamente esaminata; d) disposto lo scorrimento della

graduatoria a favore della seconda classificata; e) dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato nelle more tra AdR e Ok Gol "a partire dal quindicesimo giorno dalla comunicazione in via amministrativa della sentenza"; e) disposto il risarcimento in forma specifica in favore della GSA, seconda classificata, "a cui il servizio dovrà essere affidato, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione a favore del RTI Ok Gol".

2. Per la riforma della sentenza hanno proposto appello sia AdR sia Ok Gol, deducendone l'erroneità e ingiustizia per aver ritenuto fondate le censure della ricorrente in primo grado.

2.1. In particolare, l'appellante AdR con i motivi di diritto formulati ha sostanzialmente riproposto le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità del ricorso di GSA sollevate in primo grado, censurando l'erroneità della sentenza nelle parti in cui ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo e non ha attribuito alcun rilievo dirimente, ai fini della sopravvenuta carenza di interesse dell'originaria ricorrente, all'assenza di espressa contestazione dell'intervenuto avvicendamento nel servizio di Ok Gol.

2.1.2. AdR ha poi contestato le statuizioni della sentenza appellata che hanno ritenuto sussistente un'illegittima modificazione dell'offerta da parte di Ok Gol per l'asserita introduzione di rilevanti e sostanziali elementi di novità, in violazione dei principi di *par condicio* ed in modo da determinare un nuovo atto di affidamento (diretto e senza gara) a favore di Ok Gol, e che hanno dichiarato il diritto di GSA al subentro nel contratto, sostenendo che all'annullamento dell'affidamento ad Ok Gol non potesse che conseguire l'obbligo di svolgimento di una nuova gara.

2.2. OK Gol ha, invece, lamentato: *"I. Difetto di giurisdizione. Errores in iudicando. Ultrapetizione. Motivazione erronea, carente e illogica. II. Omessa pronuncia in relazione ad eccezione rilevante. Errores in iudicando. III. Errores in iudicando. Illogicità manifesta. Violazione del giudicato. Violazione e falsa applicazione dell'art. 64, comma 2, c.p.a. Ultrapetizione. Violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo. Motivazione erronea, illogica, carente e perplessa. IV. Errores in iudicando. Violazione del giudicato. Motivazione erronea, carente e perplessa. V. Omessa pronuncia in relazione ad un eccezione rilevante. Errores in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a. Motivazione erronea, carente, illogica e contraddittoria."*

2.3. AdR e Ok Gol si sono pure costituite nei giudizi sugli appelli in epigrafe da esse rispettivamente proposti.

2.4. Si è costituita in entrambi i giudizi anche GSA per resistere agli appelli e ha depositato memorie con cui ha illustrato le proprie tesi difensive, sostenendo l'infondatezza delle impugnazioni e chiedendone il rigetto.

2.5. GSA ha, inoltre, riproposto, con memoria non notificata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi formulati in primo grado solo parzialmente esaminati e accolti dal tribunale: in particolare, GSA ha riproposto tutti i motivi di censura dedotti con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti e anche i motivi (settimo, ottavo e nono) "espressamente accolti", in quanto "articolati sotto plurimi e svariati profili".

2.5.1. Le appellanti hanno eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi riproposti.

2.6. Anche avverso la sentenza 1255 del 2 febbraio 2018 (che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio e l'obbligo di provvedere sull'istanza) Aeroporti di Roma e Ok Gol hanno proposto appello (iscritti rispettivamente ai n. 2018-1894 e 2018-2095 R.G.), deducendone l'erroneità e ingiustizia per aver respinto le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità del ricorso di prime cure ed averlo, invece, ritenuto fondato nel merito.

2.7. La discussione degli appelli proposti nei confronti della sentenza 1255 del 2018 (originariamente prevista per l'udienza camerale del 22 novembre 2018) è stata differita, in accoglimento della richiesta formulata dalle appellanti, alla camera di consiglio del 14 febbraio 2019, per consentirne una trattazione congiunta con gli odierni gravami, sul ritenuto presupposto che la decisione sulle impugnazioni relative al giudizio sul silenzio e all'illegittimità dell'inerzia serbata da AdR sulla richiesta di riesame (inerente a sopravvenuti fattori di anomalia dell'offerta di Ok Gol) dovesse ritenersi logicamente pregiudiziale rispetto alla delibazione di quelle spiegate avverso la sentenza in epigrafe che ha dichiarato, invece, l'illegittimità della verifica di perdurante sostenibilità dell'offerta del RTI Ok Gol, svolta dalla stazione appaltante proprio in ottemperanza alla sentenza esecutiva di primo grado (n. 1255/2018).

2.8. GSA ha, dunque, presentato in vista della discussione dei ricorsi una memoria unica conclusiva in cui ha puntualmente controdedotto alle argomentazioni svolte dalle appellanti sia nei giudizi in epigrafe sia nei gravami rispettivamente proposti avverso la sentenza del T.a.r. Lazio n. 1255 del 2018.

2.9. Abbinata, su accordo delle parti, la domanda cautelare alla trattazione del merito degli appelli, all'udienza pubblica del 14 febbraio 2019, le cause sono state infine trattenute in decisione.

DIRITTO

3. Deve preliminarmente essere disposta la riunione degli appelli perché proposti avverso la medesima sentenza, e quindi ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm.

4. Giova, in via preliminare, evidenziare come non risulti necessario aderire alla richiesta di differimento della trattazione o di sospensione dell'odierno giudizio formulata dalla difesa di GSA in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione, adita con ricorso ai sensi dall'art. 111 Cost. dalla stessa GSA per l'annullamento della sentenza n. 4307/2017 sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale (per diniego del potere-dovere di giudicare a ragione dell'asserita violazione dei principi in tema di interesse ad agire e di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale) in cui sarebbe incorso questo Consiglio per non avere esaminato in tale pronuncia gli ulteriori motivi di appello incidentale avverso l'ammissione della terza classificata Gielle di Galantucci Luigi, sull'assunto che dalla sua esclusione e dalla conseguente mancata adozione del criterio del confronto a coppie sarebbe derivata la sicura prevalenza di GSA nella gara in oggetto.

4.1. Ed invero, sebbene GSA sostenga che la sentenza di questo giudice di appello che aveva ripristinato l'aggiudicazione a favore di Ok Gol sarebbe erronea per i motivi indicati nel ricorso per cassazione, dovendo quindi ritenersi illegittimo il ritiro dell'aggiudicazione disposta costituente atto presupposto cui è seguita la dichiarata risoluzione contrattuale, deve però rilevarsi come le questioni oggetto del ricorso in cassazione avverso la sentenza n. 4307/2017 non rivestono alcuna valenza pregiudiziale ai fini della decisione della presente controversia, da un lato perché con l'impugnazione proposta si contesta unicamente l'omesso esame da parte del giudice di appello, per ritenuta carenza di interesse, dei motivi di appello incidentale avverso l'ammissione della terza classificata, investendo quindi solo le relative statuizioni, dall'altro in quanto la presente controversia non verte sulla vicenda risolutoria del contratto (sull'assunto del verificarsi dell'evento dedotto nella clausola apposta dalle parti), profilo sul quale peraltro vi è difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, bensì concerne l'asserita sopravvenienza di nuove circostanze che avrebbero indotto Ok Gol, secondo le tesi di GSA, a modificare in modo sostanziale l'offerta presentata in gara, in quanto non più sostenibile, e alla conseguente illegittimità tanto dell'aggiudicazione a favore del R.t.i. controinteressato (nuovamente disposta o comunque confermata, all'esito dell'accoglimento dell'appello avverso la sentenza che l'aveva annullata), quanto del rinnovato giudizio di congruità operato, in ottemperanza alla sentenza 1255/2018, dalla stazione appaltante (che, altrettanto illegittimamente, sempre ad avviso di GSA, si sarebbe in precedenza determinata, senza fornire riscontro al richiesto riesame, alla stipulazione del contratto con Ok Gol, pur in presenza di un'offerta modificata nei suoi aspetti essenziali): esclusivamente su tali aspetti si appuntano, infatti, le censure formulate dalla ricorrente originaria e ritenute fondate dal tribunale, solo questo costituendo, dunque, l'oggetto del giudizio e il *thema decidendum* della presente controversia.

4.2. Sotto altro concorrente profilo deve pure rilevarsi che, anche in caso di accoglimento, la decisione degli odierni giudizi non perderebbe comunque la sua utilità in quanto, per un verso, le parti non hanno risolutivamente condizionato il contratto stipulato con GSA e il prodursi dell'effetto risolutivo al passaggio in giudicato della sentenza di appello (ovvero all'inesperibilità di impugnazioni, nei casi e con i limiti previsti *ex lege*, avverso la stessa) ma al solo esito favorevole del gravame (*id est*: al suo accoglimento); per altro verso a tale evenienza comunque non conseguirebbe, contrariamente a quanto asserito dall'appellata GSA, la reviviscenza della sentenza di primo grado (nella specie la n. 323/2017 del T.a.r. per il Lazio) e, per l'effetto, l'automatica aggiudicazione della gara in favore di GSA, ma la mera riassunzione del giudizio (all'esito della cassazione della sentenza di appello con rinvio) dinanzi al Consiglio di Stato per l'adozione di una nuova decisione che *"non si sostituisce ad altra precedente, ma interviene direttamente sulla domanda proposta dalle parti"* (Cons. di Stato, Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1940).

4.3. Per tali ragioni, l'eventuale accoglimento del ricorso in cassazione avverso la sentenza di appello di questa Sezione non determinerebbe il venir meno dell'interesse alla decisione del presente giudizio. 5. Sempre in via preliminare la Sezione rileva come la decisione sugli appalti (1894-2018 e 2095-2018 R.G.) proposti avverso la sentenza n. 1255 del 2018 che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio serbato da AdR e il conseguente obbligo di provvedere sull'istanza di GSA diretta ad accertare fattori sopravvenuti di anomalia dell'offerta aggiudicataria risulti logicamente pregiudiziale rispetto alla delibazione degli odierni gravami

proposti dalle odierne appellanti avverso la sentenza in epigrafe che ha dichiarato l'illegittimità della verifica di perdurante sostenibilità dell'offerta del RTI Ok Gol, svolta dalla stazione appaltante in esecuzione, non acquiescente, alla sentenza 1255/2018.

5.1. Ok Gol ha infatti censurato la pronunzia del T.a.r. Lazio 8556/2018 (con l'appello n. 6748/2018 R.G.) tra l'altro proprio sull'assunto che *"la verifica non doveva e non poteva essere effettuata"*, dovendo perciò considerarsi *tamquam non esset*, deducendo, peraltro, che l'auspicato accoglimento dell'appello avverso la sentenza 1255/2018 travolgerebbe gli atti adottati da AdR in esecuzione della stessa e impugnati dalla ricorrente in primo grado.

5.2. Le odierne appellanti avevano, infatti, chiesto al tribunale un rinvio della discussione dei ricorsi in attesa della pronunzia del giudice di appello sulla sentenza n. 1255 del 2018 che aveva accertato e dichiarato l'obbligo di riesame in capo alla stazione appaltante, richiesta, tuttavia, che il tribunale non ha accolto, sul presupposto che, a prescindere dagli esiti di quel giudizio, la nuova valutazione di sostenibilità in esecuzione, non acquiescente, alla sentenza di primo grado, non avrebbe potuto comunque considerarsi *tamquam non esset*.

5.3. Tanto premesso, è irrilevante in questa sede svolgere un'astratta considerazione sugli effetti che un'eventuale riforma da parte del giudice di appello della sentenza n. 1255 del 2018 avrebbe potuto determinare sul rinnovato giudizio di congruità svolto dalla stazione appaltante in ottemperanza, non acquiescente, alla stessa, posto che, per le motivazioni esposte nella sentenza che, previa riunione, ha deciso sui gravami di AdR e di Ok Gol nei confronti di detta pronunzia, vero è che sussisteva l'obbligo di riscontrare l'istanza di GSA del 20 settembre 2017 e che fosse configurabile l'inerzia di AdR per quella parte in cui, nell'impugnata nota del 26 settembre 2017 (a prescindere dalla valenza o meno provvedimento da essa rivestita), si era limitata a ravvisare l'assenza dei presupposti per dare corso ad una revoca, in autotutela, dell'aggiudicazione a suo tempo adottata, ma non aveva proceduto al riesame, richiesto sul presupposto di plausibili ragioni di sopravvenuta anomalia e insostenibilità dell'offerta di Ok Gol, prodromico ad un (solo eventuale all'esito) esercizio dei poteri di autotutela e, comunque, necessario per verificare se fosse confermabile l'aggiudicazione a suo tempo disposta a favore di Ok Gol.

5.4. Non può infatti invocarsi, per smentire l'assunto circa la sussistenza di un siffatto obbligo nella peculiare fattispecie qui al vaglio, al fine di realizzare l'interesse pubblico ad assicurare l'affidabilità del futuro contraente, in una fase peraltro anteriore alla stipula del contratto e all'avvio della commessa ed in presenza di circostanze tali da determinare la sopravvenuta insostenibilità dell'offerta o, comunque, da richiederne la modifica su aspetti sostanziali, il principio del *tempus regit actum*, invocato dalle appellanti, secondo cui la legittimità dell'atto amministrativo si deve accertare con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua adozione.

5.5. Accertato, dunque, definitivamente che sussistesse un obbligo di provvedere a riguardo di AdR che non aveva riscontrato affatto l'istanza di GSA, permanendo nell'inerzia contestata, deve poi rilevarsi che AdR ha in effetti proceduto alla nuova verifica di anomalia, in ottemperanza, non acquiescente, alla sentenza esecutiva di prime cure n. 1255 del 2018, confermandone anche all'esito, con la nota del 22 febbraio 2018 (pure impugnata con motivi

aggiunti al ricorso da GSA), la piena sostenibilità *“anche dopo il venir meno degli sgravi predetti, alla luce dei dati sul costo del personale”*, ritenuti *“pacificamente compatibili con le valutazioni di congruità”*: tale verifica, dunque, oltre a non poter essere considerata *“tamquam non esset”* in quanto comunque avvenuta (come statuito dal tribunale), era anche doverosa (alla luce delle motivazioni rese nella sentenza di questa Sezione di rigetto degli appelli avverso la sentenza 1255/2018), non potendo l'amministrazione ignorare, nel perseguimento dell'interesse pubblico, circostanze oggettive sopravvenute tali da compromettere la permanente serietà, congruità sostenibilità e realizzabilità dell'offerta, strumentale alla corretta e regolare esecuzione del servizio affidato.

5.6. L'oggetto del giudizio sottoposto all'attenzione del Collegio non può, a questo punto, che incentrarsi sulla verifica della fondatezza delle censure dedotte da GSA avverso la correttezza della nuova verifica di anomalia svolta da AdR, al fine di valutare se con essa, come asserito dall'originaria ricorrente, si fosse consentito a Ok Gol un'inammissibile modifica postuma delle componenti dell'offerta presentata in gara inerente ad aspetti essenziali e sostanziali, in palese violazione dei principi di *par condicio* ed in modo da operare un nuovo atto di affidamento, diretto e senza gara (in quanto relativo ad un'offerta sostanzialmente modificata e, quindi, nuova), a favore di Ok Gol.

5.7. Ai fini di una migliore comprensione delle questioni giuridiche sottese ai motivi di gravame formulati dalle appellanti, è dunque necessario svolgere una sia pur sintetica ricostruzione delle censure formulate dalla ricorrente in primo grado GSA e condivise dal tribunale.

5.7.1. Secondo le prospettazioni articolate nel ricorso introduttivo come integrato da motivi aggiunti, AdR avrebbe consentito al raggruppamento concorrente di modificare alcuni elementi essenziali della propria offerta presentata in gara, di cui non sarebbe più stata in grado di rispettare i termini atteso che nelle more del giudizio sarebbero venuti meno sgravi contributivi (previsti dalla citata legge n. 208 del 2015) e dei quali Ok Gol aveva dichiarato di volersi avvalere. L'offerta di Ok Gol avrebbe dovuto, pertanto, essere sottoposta a nuova verifica di sostenibilità e, all'esito, sempre secondo GSA, essere dichiarata incongrua.

5.7.2. Confermata, anche in seguito, la sostenibilità e congruità dell'offerta e ritenuti dunque pur sempre compatibili i costi del personale indicati, nonostante la decadenza del regime di decontribuzione con la cessazione degli sgravi contributivi indicati dalla concorrente in sede di offerta e di giustificativi, GSA ha dunque contestato gli esiti del nuovo giudizio di congruità e degli ulteriori atti e provvedimenti adottati da AdR (impugnati con il ricorso e con i motivi aggiunti) che avevano condotto all'affidamento del servizio al raggruppamento controinteressato previa stipula con quest'ultimo del contratto, sostanzialmente lamentando che l'originaria aggiudicazione del 2 maggio 2016 non potesse più ritenersi sussistente, in presenza di un'offerta profondamente modificata sotto profili sostanziali, attinenti in particolare ai seguenti aspetti: a) il contratto collettivo nazionale applicato al personale (non più quello dichiarato in gara e vigente per il settore sorveglianza antincendio "ANISA", cui sarebbe stata obbligata ad attenersi quanto meno Elisicilia, ma quello *“Iw50 guardie ai fuochi-servizi”* che prevedeva retribuzioni nette inferiori, tanto più che quest'ultimo non era neppure pienamente rispettato e comunque era stato integrato con il c.d. *“accordo di prossimità”*, siglato il 18 agosto 2017, in base all'art.8 del d.l. n. 138 del 2011, con paga convenzionale di accesso

commisurata al livello precedente); b) la diminuzione di trentacinque unità del personale originariamente previsto; c) la possibile modifica delle qualificazioni professionali (in rapporto agli attestati di formazione e alle certificazioni dichiaratamente possedute) del personale stesso, comunque non coincidente, almeno in parte, con l'elenco nominativo a suo tempo fornito.

5.7.3. In relazione a tale ultimo profilo, la ricorrente GSA evidenziava che AdR, in sede di verifica di anomalia, aveva affermato che *"...l'eventuale mancata corrispondenza tra quanto dichiarato...e la situazione di fatto esporrebbe l'ATI alla revoca dell'aggiudicazione e alle ben più gravi conseguenze derivanti dalle false dichiarazioni che fossero state rese"*, con prevista verifica *"in ordine alla condizione del personale inserito nel citato elenco...all'atto della richiesta nominativa dei permessi...da ottenere per le risorse impegnate nell'esecuzione dell'appalto."*

5.7.4. Tali profili, sempre ad avviso della ricorrente originaria, stante il loro carattere essenziale, avrebbero dovuto indurre AdR, se non a ravvisare la sostanziale novità dell'offerta (stante la sua riparametrazione per consentirne la perdurante sostenibilità pure dopo la cessazione dei citati benefici), quanto meno a ravvisare l'incidenza sulle valutazioni della Commissioni sia in merito all'offerta tecnica con riguardo alla voce *"pregio tecnico"* (avendo Ok Gol conseguito punti 4,540 proprio per la voce *"Certificazioni/attestazioni del personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto, specificamente riferiti alla natura dell'appalto oggetto di gara"*), sia con riguardo all'offerta economica, dovendo ritenersi non più sostenibile il ribasso (del 27,51 %) offerto da Ok Gol (e che le aveva consentito di conseguire l'aggiudicazione, con punti 70,00 per la componente economica): ciò in quanto Ok Gol aveva invocato, in sede di verifica di congruità, sgravi contributivi ormai cessati, contratti di lavoro non conformi alla contrattazione collettiva a suo tempo indicata, titoli abilitanti a suo dire già in possesso di un ben preciso elenco di lavoratori risultati però non disponibili, anche in parte, dopo l'aggiudicazione.

6. La sentenza impugnata ha condiviso l'impostazione della ricorrente in prime cure, ritenendone fondati i motivi di doglianza: in sintesi, il tribunale ha ritenuto integrata nella fattispecie la lesione del principio di immodificabilità dell'offerta consapevolmente già formulata, assumendo che la sua rideterminazione su aspetti essenziali si sarebbe tradotta in oggettiva alterazione della *par condicio* dei concorrenti e della certezza della situazioni giuridiche, oltre a compromettere l'imparzialità e la trasparenza dell'operato della stazione appaltante.

6.1. Secondo il giudice di prime cure, la pur rilevata necessità di operare alcuni adeguamenti per consentire di adattare l'offerta dell'originaria aggiudicataria, anche in considerazione del tempo decorso nelle more dei giudizi sui ricorsi proposti da GSA, non avrebbe nondimeno potuto determinare *"una vera e propria riparametrazione di un'offerta non più -a quanto sembra- sostenibile"*, in rapporto alla quale *"l'assenso, in forma espressa o tacita, di AdR non può che essere considerato nuova aggiudicazione, illegittima in quanto riferita ad un'offerta, almeno parzialmente diversa, non valutata nei suoi esatti termini dalla Commissione aggiudicatrice, con pari trattamento dei soggetti concorrenti"*.

7. Tali conclusioni sono contestate dalle odierne appellanti, con plurime e articolate doglianze dedotte nei motivi di appello rispettivamente formulati.

7.1. Le appellanti contestano, anzitutto, le statuizioni della sentenza impugnata che, nel respingere la relativa eccezione di inammissibilità del ricorso di prime cure e dei motivi aggiunti di GSA per difetto di giurisdizione, hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

7.1.1. Sostengono, infatti, al riguardo che avrebbe errato il primo giudice nel non dichiarare inammissibile il ricorso anzitutto per la parte volta ad ottenere l'annullamento della nota del 4 ottobre 2017, priva di valore provvedimento, con cui AdR, senza assumere alcuna nuova determinazione, si era limitata a dare atto dell'avverarsi della condizione risolutiva prevista dall'art. 11 del contratto di appalto stipulato tra la stessa e GSA: in tesi, la riforma della sentenza di prime cure (che aveva annullato l'originaria aggiudicazione definitiva del 2 maggio 2016), in accoglimento degli appelli di AdR e Ok Gol, avrebbe privato di ogni effetto il contratto sottoscritto con GSA e determinato la reviviscenza automatica dell'aggiudicazione a suo tempo dichiarata.

7.1.2. Verrebbero, dunque, in rilievo vicende esclusivamente esecutive del contratto medesimo, esulanti dalla giurisdizione del giudice amministrativo, limitata ai sensi dell'art. 133, lett. e), n. 1) Cod. proc. amm. alle controversie *“relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”*.

7.1.3. Inoltre, anche gli ulteriori atti impugnati con i motivi aggiunti non rientrerebbero nella cognizione del giudice amministrativo, in quanto adottati a valle della stipula del contratto tra AdR e Ok Gol, collocandosi perciò in una fase procedimentale pacificamente rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario: anche la nuova valutazione di congruità dell'offerta (effettuata in esecuzione alla citata sentenza del T.a.r. Lazio), in quanto inerente a profili meramente esecutivi del servizio da affidarsi (quali, appunto, il tipo di contratto collettivo di lavoro applicato al personale effettivamente impiegato, il numero degli addetti e le qualifiche), non sarebbe idonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

7.1.4. La censura è infondata.

7.1.5. La Sezione qui rileva come meritino conferma, nei sensi e termini di seguito specificati, le statuizioni in punto di giurisdizione del primo giudice.

7.1.6. In linea generale, deve ricordarsi, in primo luogo, il consolidato principio giurisprudenziale in virtù del quale la giurisdizione del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo deve essere verificata con riferimento all'oggetto della domanda, delineato alla stregua del *petitum* sostanziale individuato in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio e in base agli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto a fondamento della pretesa fatta valere (Cass., S.U., n. 12307 del 2004; 30 giugno 1999, n. 379; Cass. 2 agosto 2002, n. 11626).

In materia di appalti pubblici, costituisce poi orientamento consolidato quello in base al quale appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative alla fase pubblicistica di individuazione della scelta del contraente fino alla stipula del contratto, diventando per contro pienamente operativa, nella fase aperta dalla conclusione del contratto, la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, che ricomprende l'intera gamma dell'inefficacia e delle patologie negoziali, nonché gli atti di risoluzione (in tal senso, cfr. *ex multis*, Cassazione civile, Sez. Unite, 3 maggio 2017, n. 10705).

7.1.7. Alla luce dei rammentati principi, deve anzitutto osservarsi come il presente giudizio verte, come esattamente affermato nella sentenza impugnata, sulla fase della procedura apertasi successivamente alla sentenza di questo Consiglio n. 4307 del 2017 che, annullando la sentenza di prime cure, aveva effetti ripristinatori dell'originaria aggiudicazione a favore del RTI Ok Gol.

Detta fase, successiva alla scelta del contraente, ma non ancora alla stipula del contratto, rientrava ancora per pacifica giurisprudenza nella giurisdizione del giudice amministrativo, non essendo ancora iniziata la fase di esecuzione, disciplinata dal codice civile e rimessa alla cognizione del giudice ordinario.

7.1.8. In detto segmento procedurale, anteriore alla stipula del contratto, era infatti ancora possibile l'esercizio della potestà di autotutela ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990: ed infatti la richiesta di riesame formulata da GSA in relazione a possibili profili di sopravvenuta anomalia dell'offerta, non riscontrata da AdR, era strumentale all'ottenimento della revoca, in autotutela, dell'aggiudicazione a suo tempo disposta a favore di Ok Gol.

L'intervenuta stipula nelle more del contratto tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante non muta, poi, i termini della questione in quanto, benché a seguito della sentenza di appello n. 4307 del 2017 l'originaria aggiudicazione disposta riacquistasse piena validità ed efficacia, senza che fosse necessaria, pertanto, l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione, tuttavia, a fronte delle circostanze segnalate da GSA e in presenza di elementi che rendevano possibile il venir meno della perdurante sostenibilità dell'offerta, AdR non poteva esimersi dall'operare una rinnovata valutazione degli interessi in gioco, con spendita di poteri discrezionali e autoritativi. Alla sentenza di appello che ripristinava l'originaria aggiudicazione non potevano, dunque, conseguire gli adempimenti che AdR ha posto in essere in ottemperanza alla sentenza esecutiva di primo grado (sfociati poi nella conferma della perdurante congruità e adeguatezza dell'offerta di Ok Gol e dell'inesistenza dei presupposti della revoca dell'aggiudicazione): come correttamente rilevato dal primo giudice, l'amministrazione non poteva, invero, *"ignorare, nel doveroso perseguimento dell'interesse pubblico, circostanze oggettive sopravvenute, tali da compromettere gli originari presupposti della scelta effettuata"* e da imporre, se non l'adozione di una nuova aggiudicazione, quanto meno gli atti prodromici (ancora rientranti nella fase pubblicistica preordinata all'individuazione del miglior contraente) alla validazione e conferma di quella ripristinata per effetto del *decisum* giudiziale.

7.1.9. Non può poi sottacersi che la ricorrente in primo grado GSA ha prospettato, a fondamento delle domande formulate, proprio l'illegittimità della conferma (espressa o tacita)

di un affidamento, avente ad oggetto, in tesi, un'offerta diversa da quella originariamente considerata in sede di aggiudicazione, e la non conformità del contratto stipulato all'offerta presentata in gara, quale coerente conclusione della procedura ad evidenza pubblica.

Definito così, dunque, il perimetro costituente il *thema decidendum* della presente controversia, deve allora riconoscersi che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo sul presente giudizio avente ad oggetto questioni afferenti non già al preteso effetto risolutivo, di natura negoziale, determinato dall'avverarsi della clausola contrattuale (e dunque relativo ad un atto di natura meramente ricognitivo), né alla fase meramente esecutiva successiva alla stipula del contratto, ma a profili ancora inerenti la fase pubblicistica di selezione e individuazione del contraente (in particolare, la verifica di anomalia), e la legittimità dell'aggiudicazione (modificata o rinnovata), essendo tuttora in contestazione l'affidabilità, serietà e congruità dell'offerta dichiarata aggiudicataria e la sua perdurante e attuale conformità a quella presentata in gara.

8. Con il secondo motivo di censura l'appellante AdR si duole delle statuizioni della sentenza impugnata che hanno respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in assenza di impugnazione da parte di GSA degli atti con cui era stato disposto il subentro di OK Gol nel servizio (in particolare della nota del 15 dicembre 2017, depositata da GSA nel giudizio cautelare dinanzi al Consiglio di Stato e, dunque, da essa sicuramente conosciuta, con cui AdR stabiliva di procedere nell'avvicendamento della commessa).

8.1. Anche tale censura è infondata

8.2. Risultano, sul punto, condivisibili le motivazioni della sentenza appellata che, correttamente, ha evidenziato come tale avvicendamento era stato infatti disposto da AdR a seguito della menzionata ordinanza cautelare di questo Consiglio (n. 5463/17) che aveva accolto l'appello cautelare (sotto il profilo del *fumus* di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di giurisdizione) e che il consenso all'avvicendamento, in esecuzione della decisione cautelare, non implicava rinuncia di GSA alle proprie ragioni difensive, pienamente ribadite anche con gli ulteriori motivi aggiunti di gravame.

8.3. Ed invero, come l'esecuzione da parte di AdR della sentenza che dichiarava l'obbligo di provvedere sull'istanza formulata da GSA non importava acquiescenza alla stessa, ricorrendo tale ipotesi solo allorquando vi sia piena ed effettiva accettazione della pronuncia, con la manifestazione da parte del soccombente della volontà di non impugnare, sia in forma espressa sia attraverso atti incompatibili con la volontà di avvalersi dei rimedi impugnatori e dai quali sia possibile desumere, in maniera precisa e univoca, il proposito di non contrastare gli effetti giuridici della pronuncia (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, V, 23 aprile 2018, n. 2419; Cons. di Stato, IV, 19 ottobre 2015, n. 4781), così l'aver consentito da parte di GSA il cambio appalto e il subentro nel servizio dell'impresa concorrente, in seguito al rigetto della domanda di sospensiva da parte del giudice di appello, non comportava alcuna rinuncia all'impugnazione proposta avverso gli atti adottati dalla stazione appaltante, non avendo l'originaria ricorrente alcun onere di gravare un atto sopravvenuto, meramente consequenziale e confermativo di quelli già impugnati e non avente perciò natura e contenuto

provvedimentale.

9. Può dunque procedersi allo scrutinio degli ulteriori motivi di censura con cui le appellanti hanno contestato le motivazioni della sentenza di prime cure che hanno accolto il ricorso di GSA, ritenendolo fondato nel merito.

9.1. In particolare, le appellanti censurano le statuizioni con cui il primo giudice ha affermato che Ok Gol abbia introdotto, consentendolo la stazione appaltante, rilevanti elementi di novità della propria offerta, apportandovi modificazioni sostanziali e inammissibili (in particolare attinenti al tipo di contratto collettivo applicato al personale, nonché al numero e alla qualifica dei lavoratori impiegati) sì da determinare un' illegittima violazione del principio di *par condicio* e un altrettanto illegittimo nuovo affidamento sostitutivo del precedente, siccome avente ad oggetto un offerta radicalmente diversa da quella originariamente considerata in sede di aggiudicazione, sicché non era dato neppure comprendere, in un siffatto contesto, per quali ragioni potessero ritenersi inalterate le precedenti valutazioni della commissione di gara e le relative attribuzioni dei punteggi sia all'offerta tecnica sia a quella economica.

9.2. I motivi di censura sono fondati.

9.2.1. Deve anzitutto rilevarsi come, in esecuzione della sentenza resa dal T.a.r. Lazio ai sensi dell'art. 117 Cod. proc. amm., AdR abbia chiesto all'aggiudicatario Ok Gol di giustificare la sostenibilità economica della propria offerta anche alla luce della cessazione degli indicati sgravi contributivi: richiesta alla quale Ok Gol ha aderito pienamente, fornendo la documentazione necessaria, poi esaminata da un'apposita commissione che ha acclarato la perdurante sostenibilità dell'offerta pure in relazione alla voce inerente ai costi del personale.

9.2.3. Ciò posto, nessuno degli elementi forniti da Ok Gol in sede di riesame della verifica di anomalia integra in concreto una modifica di aspetti essenziali e sostanziali della offerta a suo tempo presentata in gara.

9.3. Certamente, tale non può essere il tipo di contratto collettivo applicato ai dipendenti, dovendo sul punto evidenziarsi come le specifiche tecniche allegate al Capitolato Speciale di appalto, all'art. 5, prevedevano espressamente che l'appaltatore dovesse rispettare, per tutta la durata dell'appalto, l'obbligo di applicare, nei confronti dei lavoratori, le *"condizioni contrattuali, normative o retributive, risultanti dai CCNL di riferimento "Sorveglianza Antincendio" o "Guardia ai Fuochi"*: entrambi i contratti erano infatti applicabili al settore vigilanza antincendio oggetto della gara di appalto in questione ai sensi del Decreto Ministeriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 2 agosto 2010.

9.3.1. Era, dunque, la stessa *lex specialis* a consentire, in fase di esecuzione del servizio, l'utilizzo di quel contratto collettivo di cui Ok Gol aveva in effetti dichiarato, in sede di giustificativi, di volersi avvalere. Né la circostanza che le imprese dell'A.t.i. Ok Gol, operanti nel settore della vigilanza antincendio, non fossero iscritte all'associazione datoriale firmataria del CCNL Guardia ai Fuochi poteva in concreto ritenersi circostanza ostativa alla concreta applicazione di quel contratto e degli accordi territoriali (validi ed efficaci nel luogo in cui il personale è impiegato).

9.3.1. A ciò si aggiunga, inoltre, che costituisce consolidato orientamento giurisprudenziale quello in base al quale *“l’applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l’esclusione, sicché deve negarsi in radice che l’applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l’inammissibilità dell’offerta”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597). Tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell’offerta (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589): tanto più nel caso di specie ove poi l’impresa concorrente si è limitata ad avvalersi di una possibilità che, come rilevato, era espressamente riconosciuta dalla legge di gara, dichiarando di voler applicare in sede di esecuzione l’altro contratto collettivo indicato nelle menzionate specifiche tecniche.

9.3.2. Il riferimento a quel contratto collettivo non era, dunque, idonea ad integrare un’inammissibile modifica postuma all’offerta, configurando piuttosto una mera ritaratura dei giustificativi, ritenuta pienamente ammissibile dalla consolidata giurisprudenza amministrativa.

9.4. Neppure comportavano obiettiva modificazione dell’offerta su aspetti essenziali e sostanziali l’asserita riduzione di trentacinque unità del personale previsto (che sarebbe passato dalle 169 unità offerte in sede di gara alle 134 unità risultanti dall’attuale elenco del personale) e la possibile modifica delle qualificazioni dello stesso (ritenuta tale dal tribunale sull’assunto che dette qualificazioni non coincidessero più, almeno in parte, con l’elenco nominativo a suo tempo fornito).

9.4.1. Assumono rilievo a tale riguardo le statuizioni della sentenza di questa Sezione n. 4307/2017 in ordine all’appello incidentale di GSA che, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, non costituivano un mero *obiter*, avendo il giudice di appello (sia pure *“per ragioni di completezza”*, stante la ritenuta carenza di interesse della seconda classificata alla decisione dell’appello incidentale) deliberato pienamente ed esaminato espressamente *“nel merito”*, respingendole in quanto infondate, le censure di cui al terzo e al quarto motivo con cui GSA anticipava le doglianze che ha proposto nel primo grado dell’odierno giudizio (e attinenti proprio alla presunta insostenibilità dell’offerta e a sue evidenti discrasie quanto al personale che Ok Gol aveva dichiarato di impiegare nel servizio, con riguardo al profilo *“della mancata dimostrazione, in sede di giustificazioni, della possibilità di decontribuzione ...in relazione a tutto il personale che il RTI Ok Gol aveva indicato nominativamente in sede di relazione tecnica e dichiarato essere in forza presso lo stesso, nonché da impiegare effettivamente nell’esecuzione dell’appalto”*).

9.4.2. Dette statuizioni, non costituendo oggetto del ricorso per cassazione proposto da GSA (che attiene esclusivamente al mancato esame per ritenuta carenza di interesse dei motivi relativi all’ammissione in gara della terza graduata Gielle), sono dunque passate in giudicato, coprendo il dedotto e il deducibile, e, pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r. adito, questi avrebbe dovuto tenerne conto nelle sue valutazioni.

9.4.3. Ai fini che qui rilevano, nella sentenza n. 4307/2017 questa Sezione, dopo aver chiarito

che la verifica di congruità non ha per oggetto singole voci o inesattezze dei giustificativi, ma è finalizzata a verificare la congruità e sostenibilità dell'offerta nel suo complesso e che nella gara in oggetto il personale, anche a mente della *lex specialis*, avrebbe dovuto essere assunto dopo la stipula del contratto, rilevava che l' A.t.i. Ok Gol, *“pur non essendo tenuta a farlo, aveva specificato i 169 nominativi tra i quali sarebbero stati prescelti gli addetti al servizio”*, non alle dipendenze, ma previamente individuati e selezionati: a ciò conseguiva, da un lato, che effettivamente il numero di addetti previsto nell'elenco fosse meramente indicativo e che il RTI poteva provvedere *“ad assumere, ove fosse infine risultata aggiudicatario, il personale individuato che non fosse già alle sue dirette dipendenze”*, dall'altro che da tale elenco il RTI potesse attingere in base alle effettive reali esigenze del servizio, risultando peraltro le 169 unità indicate nell'elenco *“pure sovrabbondanti”* rispetto a dette esigenze.

Per tali motivi, non si è verificata in concreto alcuna modifica postuma dell'offerta neppure in relazione al numero degli addetti in quanto l'aggiudicatario non era tenuta ad assumere tutte le unità indicate nell'elenco allegato (per il quale effettivamente avrebbe potuto usufruire, all'epoca in cui aveva dichiarato di volersene avvalere, degli sgravi contributivi poi cessati).

9.4.5. Non dovendo trattarsi, come acclarato nella sentenza n. 4307/2017, di personale assunto, ma da assumere, selezionare e formare professionalmente (come peraltro dichiarato da Ok Gol nei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante), nulla poi escludeva lo svolgimento di ulteriori ricerche (e la frequentazione di corsi propedeutici al rilascio delle attestazioni e abilitazioni professionali prescritte dall'art. 5 delle Specifiche Tecniche) in vista dell'avvio della commessa e per riorganizzare il servizio, anche in considerazione del significativo tempo trascorso tra l'offerta e la stipula del contratto.

9.4.6. Quanto, poi, all'asserita modifica delle qualificazioni e alla prospettata non coincidenza con l'elenco nominativo a suo tempo fornito, deve in primo luogo osservarsi come l'elemento sia stato valorizzato dal tribunale in modo del tutto generico ed ipotetico (come dimostra l'uso della locuzione *“possibile”*). Anche in relazione a tale aspetto, soccorrono comunque le statuizioni della sentenza n. 4307/2017 con cui questa Sezione ha chiarito che nessuna disposizione della legge di gara obbligasse i concorrenti ad indicare, nella propria offerta, i nominativi del personale che avrebbe assunto in caso di aggiudicazione. Ciò che rilevava era, invece, il possesso delle dichiarate attestazioni e certificazioni professionali (profilo valutabile quale componente del merito tecnico) in capo ai dipendenti in concreto impiegati per l'erogazione del servizio (al fine di assicurare il richiesto grado di specializzazione sì da assicurare una determinata qualità del servizio): tuttavia, la circostanza che non tutti gli addetti indicati in offerta (senza che peraltro la concorrente vi fosse tenuta) siano stati assunti non poteva costituire, come ritenuto dal tribunale, circostanza da cui inferire, automaticamente, che il personale concretamente impiegato nel servizio fosse privo delle qualificazioni dichiarate in offerta (ed in relazione alle quali la concorrente aveva ottenuto l'attribuzione di un determinato punteggio).

9.4.7. Al contrario, era solo il personale effettivamente impiegato a dover possedere le certificazioni qualificanti richieste, senza che dovesse ravvisarsi una necessaria coincidenza tra la qualifica professionale posseduta e l'elenco nominativo dei dipendenti da assumere, avente valore meramente indicativo: come bene dedotto dalla difesa di AdR, si perverrebbe,

altrimenti, a dover ritenere che, in caso di indisponibilità dei soggetti indicati all'atto della presentazione dell'offerta nel momento successivo della conclusione del contratto, sarebbe impossibile sostituirli con altri aventi pari qualifiche, pena la revoca dell'aggiudicazione della gara.

9.4.8. Peraltro, Ok Gol ha documentato che il personale in concreto assunto fosse dotato di tutte le certificazioni, abilitazioni, qualificazioni richieste dalla *lex specialis* e specificate in offerta e dette circostanze sono state tutte puntualmente verificate dalla stazione appaltante la quale ha accertato che tutte le figure professionali impiegate fossero perfettamente sovrapponibili a quelle indicate anche sotto il profilo, che qui rileva, della qualificazione professionale.

9.4.9. Alla luce dei dati e degli elementi sopra indicati, anche la citata sentenza n. 4307/2017 concludeva per la correttezza e logicità della valutazione di congruità dell'offerta dell'Ati Ok Gol.

9.5. GSA ha inoltre censurato sotto altro profilo la verifica di anomalia dell'offerta che AdR ha condotto con gli atti impugnati in prime cure, assumendo che non sarebbe comprensibile come possa fondarsi il giudizio di congruità di un offerta in una pubblica gara *“senza che l'Amministrazione appaltante sia in possesso delle Tabelle Retributive del Verbale di Accordo siglato in data 3 novembre 2015 e dell'Accordo di Prossimità del 18 agosto 2017...atti in pretesa applicazione dei quali l'offerta dell'ATI aggiudicataria, in particolare i prezzi dalla stessa proposti e i costi sottesi, sono stati giustificati e ritenuti congrui”*.

9.5.1. La censura, in disparte l'eccezione di inammissibilità formulata da AdR (per asserita novità e per non essere stata dedotta in primo grado con memoria notificata alle controparti), è infondata.

9.5.2. La verifica di congruità dell'offerta si basa sul positivo riscontro della sua sostenibilità alla luce dei costi per il lavoro realmente sostenuti dall'aggiudicataria per garantire l'esecuzione dell'appalto con i lavoratori concretamente impiegati: ciò emerge chiaramente dalla *“Relazione sulla verifica dei costi attuale del personale dell'ATI OK GOL”* (depositata nel giudizio di primo grado da AdR), in cui l'apposita commissione è pervenuta ad un convincimento di persistente sostenibilità operando un confronto dei costi medi sostenuti dall'appaltatore tanto con la contrattazione collettiva di settore, rispetto alla quale i costi indicati sono risultanti *“congruenti e rispettosi”*, quanto con i costi emersi in occasione dell'originaria verifica, rispetto ai quali gli attuali costi sostenuti dall'A.T.I. sono risultati finanche inferiori. Peraltro, come ammesso dalla stessa appellata dalla GSA (nella memoria di riproposizione dei motivi a pagina 12) lo scostamento dai valori dichiarati è davvero minimo e irrisorio (*“a fronte di un prezzo di € 13,00, Ok Gol ha affermato di sostenere un costo medio del lavoro di € 12,71”*); inoltre la stessa GSA riconosce che dalle tabelle allegate alla *“Relazione finale sull'iter di verifica della congruità dell'offerta dell'A.T.I. Ok Gol”* (ove sono confrontati i costi inizialmente giustificati, quelli precisati dopo il contraddittorio e quelli risultanti dalle analisi e considerazioni della stazione appaltante) emerge chiaramente che l'offerta conserva un margine di remuneratività (con un utile di circa 50.000,00 nel caso di durata annuale, e di 11.600,00 nell'ipotesi di durata biennale del servizio). Né può sostenersi che, a

seguito della cessazione al 31 dicembre 2016 dei benefici *ex lege* n. 208 del 2015, l'offerta di Ok Gol sarebbe in perdita, in quanto la nuova verifica condotta dalla stazione appaltante ha escluso, per le ragioni evidenziate, una siffatta evenienza, confermandone la perdurante sostenibilità.

9.5.3. A fronte di tali analitiche e puntuali motivazioni della verifica condotta dalla stazione appaltante, GSA non ha tuttavia formulato specifiche contestazioni (salvo lamentare, con argomentazioni infondate, l'applicazione di una diversa contrattazione collettiva rispetto a quella originariamente dichiarata, una riduzione delle unità del personale impiegato nel servizio e una possibile modifica delle qualifiche professionali) né si è premurata di dimostrare l'inaffidabilità degli attuali costi del lavoro di Ok Gol riportati nella stessa relazione rapportandoli agli elementi apprezzati e verificati da AdR, non provando perciò che la verifica in questione sia inficiata da profili di macroscopica illogicità e evidente irragionevolezza, in presenza dei quali soltanto è consentito il sindacato giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta.

9.6. Alla fondatezza del terzo motivo dell'appello di AdR e del terzo e al quarto motivo dell'appello di Ok Gol consegue la necessità di esaminare le censure riproposte da GSA ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. amm., dichiarate assorbite dal tribunale.

9.7. In primo luogo l'appellata ha riproposto integralmente i motivi settimo, ottavo e nono, come articolati nel ricorso introduttivo e nel primo e secondo atto di motivi aggiunti, sul rilievo del loro accoglimento parziale da parte del tribunale ed in considerazione della loro articolazione "*sotto plurimi e svariati profili*".

9.7.1. La riproposizione dei motivi parzialmente accolti (e dunque scrutinati dal tribunale) è inammissibile, per un verso per genericità delle censure formulate e carenza di interesse, per altro in ragione della mancata interposizione di appello incidentale.

9.7.2. La Sezione rileva, infatti, che l'appellata si è limitata a riproporre integralmente il contenuto dei motivi esaminati e accolti parzialmente, senza tuttavia operare alcuna specifica indicazione dei "*plurimi e svariati profili di censura*" in concreto assorbiti e non esaminati né delle ragioni per le quali dette censure vengono riproposte in relazione alle statuizioni della sentenza impugnata: nella memoria in atti GSA non ha infatti sviluppato alcuna confutazione a riguardo né ha provveduto ad indicare le specifiche critiche appuntate alla sentenza impugnata, sì da consentire di comprendere quale sia il concreto interesse al loro esame da parte del giudice di appello (cfr. in tal senso *ex multis*, Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 816, Cons. di Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2233; Cons. di Stato, V, 31 marzo 2016, n. 1268; IV, 24 marzo 2016, n. 1223).

9.7.3. A ciò si aggiunga che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cons. di Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7248; V, 3 settembre 2018, n. 5149; V, 4 dicembre 2017, n. 5691) sono inammissibili i motivi riproposti con memoria non notificata e non con tempestivo appello incidentale laddove essi siano stati vagliati e respinti (o accolti) solo in parte dal giudice di prime cure: applicando tale principio al caso di specie, si osserva infatti che il tribunale non ha dichiarato assorbiti detti motivi, ma li ha delibati e accolti, ritenendoli fondati, "*con*

assorbimento di ogni altra ragione difensiva non espressamente esaminata”, avendo perciò GSA l’onere di impugnare la sentenza, confutandone specificamente le relative statuizioni e chiedendone la riforma, facendo così valere un interesse al conseguimento di un’utilità in ipotesi maggiore rispetto a quella già acquisita con la stessa sentenza.

9.8. Può procedersi ad esaminare i restanti motivi, non esaminati dal tribunale e qui riproposti ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

9.8.1. Con il primo dei motivi riproposti GSA sostiene l’illegittimità dell’atto di ritiro dell’aggiudicazione disposta a suo favore derivata dall’asserita erroneità della sentenza n. 4307 del 2017 (impugnata con ricorso per cassazione), ritiro da intendersi quale atto presupposto cui ha fatto seguito la dichiarata risoluzione del contratto stipulato il 27 gennaio 2017, mentre con il secondo motivo riproposto lamenta che la nota del 4 ottobre 2017 sarebbe illegittima per avere dichiarato la risoluzione prendendo atto della detta sentenza di appello, benché questa non recasse alcun precetto conformativo nel senso di interrompere l’affidamento in essere, limitandosi ad annullare la sentenza di primo grado.

9.8.2. Le censure sono infondate.

9.8.3. La nota con cui AdR ha disposto la risoluzione del contratto è un atto meramente ricognitivo dell’avveramento di un evento dedotto in una clausola contrattuale (rappresentato dall’accoglimento del gravame proposto), non potendo perciò ipotizzarsi alcuna illegittimità di detta nota, tanto più derivata dalla sentenza di appello.

Deve poi rilevarsi come con la nota in esame la stazione appaltante, dichiarando di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, abbia di fatto azionato un rimedio di tipo negoziale che non attiene alla fase pubblicistica volta all’affidamento della commessa e alla selezione della migliore offerta, ma si colloca nell’ambito di un contratto di diritto privato.

Quanto alla secondo doglianza è sufficiente osservare che *“una stipulazione del contratto che avvenga in doverosa ottemperanza ad una sentenza non passata in giudicato è necessariamente provvisoria e destinata a venire meno se la sentenza viene riformata”* (Cons. di Stato, IV, 21 maggio 2009, n. 3146; Ad. Plen. 12 maggio 2017, n. 2)

La riforma della sentenza di primo grado da parte del giudice di appello (il cui presunto eccesso di potere giurisdizionale è sindacabile solo con il ricorso per cassazione) comportava, dunque, la reviviscenza dell’originaria aggiudicazione a favore di Ok Gol che riacquistava piena validità ed efficacia, configurando per converso la risoluzione dell’affidamento a favore di GSA automatica conseguenza dell’effetto risolutivo del contratto, pattuito tra le parti, di cui AdR si è limitata a prendere atto.

9.8.4. Con il terzo motivo riproposto GSA lamenta la presunta violazione di legge (art. 32 d.Lgs. 50/2016, art. 1 L. 241/90 e art. 97 Cost.), nonché illogicità e contraddittorietà dell’azione amministrativa, assumendo l’esistenza di uno *“iato provvedimentale”* che avrebbe reso necessaria una nuova aggiudicazione a favore del raggruppamento concorrente, sul presupposto dell’avvenuta revoca di quella aggiudicazione proprio ad opera della stazione

appaltante.

9.8.5. La censura è infondata.

La revoca dell'aggiudicazione originaria in favore di Ok Gol era stata adottata in ottemperanza della sentenza esecutiva di prime cure nei cui confronti AdR non ha prestato acquiescenza: ed, infatti, da un lato AdR l'ha appellata, risultando vittoriosa, dall'altro ha inserito tra le previsioni contrattuali la menzionata clausola, condizionando risolutivamente il contratto stipulato proprio all'eventuale accoglimento di appello: non era, dunque, necessario adottare una nuova aggiudicazione, conseguendo il ripristino di quella originaria del 2 maggio 2016 all'accoglimento dell'appello e alla riforma della sentenza di primo grado che l'aveva annullata.

9.8.6. Con il quarto, il quinto e il sesto motivo riproposto GSA formula censure di violazioni di legge (D.Lgs. 175/2016, art. 97 D.lgs. n. 50/2016- Reg. CE 659/1999) e di eccesso di potere per difetto dei presupposti e difetto di istruttoria.

9.8.7. I motivi sono irricevibili in quanto volti a censurare tardivamente e a termine di impugnazione abbondantemente decorso l'aggiudicazione in favore del raggruppamento controinteressato per vizi diversi rispetto a quelli dedotti nel ricorso originariamente proposto avverso tale provvedimento (e ricavabili da documentazione, quali ad esempio i bilanci societari antecedenti al 2015, già conosciuti e conoscibili da GSA): in particolare, la configurabilità di aiuti di stato (in ragione di presunti finanziamenti pubblici ricevuti oppure della possibilità di trarre profitto dalla gestione in concessione di talune attività) che avrebbero consentito ad Ok Gol di formulare un'offerta anormalmente bassa è questione che involge profili divenuti inoppugnabili in quanto attinenti alla verifica di congruità dell'offerta aggiudicataria che è stata già confermata dal giudice di appello con la più volte ricordata sentenza 4307/2017.

9.8.8. Quanto all'asserita violazione del D.Lgs. n. 19 agosto 2016, n. 175 recante "*Testo Unico in materia di partecipazione pubblica*" la disciplina ivi recata (in base alla quale, secondo la prospettazione di GSA, le commesse acquisibili al di fuori dell'in house da parte della società strumentale devono essere riferite ad attività della stessa tipologia di quelle "*strettamente necessarie*" al perseguimento delle finalità istituzionali dell'Ente controllante) non trova applicazione alla fattispecie qui al vaglio, in applicazione del principio *tempus regit actum*, in quanto l'aggiudicazione a favore di Ok Gol (del 2 maggio 2016) è intervenuta prima della sua entrata in vigore, dovendosi pure rilevare che non è stata fornita alcuna prova che i controversi rapporti di controllo, di carattere indiretto, siano effettivamente idonei ad impedire all'odierna appellante la partecipazione alle gare e, nello specifico, alla procedura per cui è causa; né è stato dimostrato il superamento della quota percentuale prescritta ex art. 16 del D.Lgs. n. 175 del 2016 di affidamenti esterni (il che rende ininfluyente ogni disquisizione sulla possibilità che la commessa in oggetto consenta o meno ad Ok Gol di conseguire "*economie di scala*"): anche tali doglianze si palesano, comunque, tardive in quanto attengono a circostanze (i rapporti infrasocietari tra Ok Gol e altre società, tra cui Anas s.p.a.) risalenti nel tempo e conosciute o comunque conoscibili da GSA con l'ordinaria diligenza.

9.8.9. Con il decimo motivo riproposto GSA lamenta l'illegittimità derivata della nota di AdR che conferma la perdurante congruità dell'offerta vincitrice e l'inesistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela, in conseguenza della fondatezza delle censure già sollevate nel ricorso e nel primo atti di motivi aggiunti.

9.9. Anche tale motivo non merita favorevole considerazione per le stesse ragioni già evidenziate in ordine alla correttezza delle conclusioni cui è pervenuta AdR con riguardo alla perdurante sostenibilità dell'offerta all'esito della nuova verifica di anomalia: se, infatti, non sono censurabili le argomentazioni che hanno condotto a ritenere congrua l'offerta anche alla luce dei costi attuali del personale impiegato dal RTI aggiudicatario nell'esecuzione dell'appalto, allo stesso modo tale non è la nota in questione che, a valle di quella verifica, non poteva che concludere per *"l'inesistenza di ragioni di pubblico interesse che consentano o tanto meno impongano...la revoca dei provvedimenti a suo tempo adottati"*.

10. Con l'undicesimo motivo AdR lamenta la mancata conoscenza dei documenti del procedimento di riesame, tra cui soprattutto l'elenco del personale indicato in offerta e quello effettivamente impiegato per l'esecuzione dell'appalto e l'illegittimità dell'oscuramento dei nominativi di tale personale.

10.1 La censura è inammissibile per carenza di interesse.

10.1.1. Si tratta invero di doglianza che corrisponde ad altra analoga proposta nell'ambito del medesimo giudizio n. 9951/2018, con ricorso ex art. 116 c.p.a., già esaminata e respinta dal tribunale con l'ordinanza n. 5860/2018 (preso atto del mancato possesso della documentazione richiesta da parte della stazione appaltante).

10.1.2. Inoltre, all'esito dell'accesso esperito, GSA ha ottenuto i documenti ostensibili del procedimento di riesame, sì da consentirle anche la proposizione di ulteriori motivi aggiunti.

10.1.3. Quanto ai nominativi del personale effettivamente impiegato nella commessa (rispetto al quale GSA lamenta in particolare l'oscuramento delle generalità tramite "omissis", che non le consentirebbe di verificare l'effettiva congruità dell'offerta motivata in ragione della sostenibilità dei costi del personale, non sapendo quanti e quali dipendenti costituiscano detto personale) corrette appaiono le motivazioni della sentenza impugnata che hanno rilevato l'inutilità di tale acquisizione in ragione della sopravvenuta inoperatività di detti sgravi contributivi.

10.2. Le censure di cui al dodicesimo motivo riproposto (con le quali GSA torna a dolersi dell'illegittimità della conferma della perdurante sostenibilità dell'offerta aggiudicataria per effetto della modifica di aspetti essenziali e sostanziali, relativi al tipo di contratto collettivo da applicare al personale, alla riduzione del numero di unità impiegate, alle condizioni economiche stabilite da un accordo di prossimità sottoscritto dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte) sono infondate per le stesse motivazioni già esposte (da intendersi qui integralmente richiamate) in relazione all'accoglimento del terzo motivo e del terzo e quarto motivo formulati nei rispettivi gravami da AdR e da Ok Gol.

10.3. Con il tredicesimo motivo riproposto, infine, GSA lamenta l'illegittimità della conferma della congruità dell'offerta aggiudicataria perché basata, da un lato, su un accordo di prossimità non sottoscritto dall'Associazione Nazionale delle Guardie ai Fuochi e/o da sue rappresentanza, e dall'altro su un trattamento economico-retributivo peggiorativo rispetto al CCNL Guardie ai Fuochi.

10.3.1. Anche tali censure non meritano accoglimento.

10.3.2. È sufficiente sul punto richiamare le considerazioni già espresse in sede di accoglimento dei motivi con cui le appellanti hanno contestato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza di un'inammissibile modifica postuma dell'offerta del RTI Ok Gol volta a superare la sua sopravvenuta insostenibilità.

10.3.3. Oltre a quanto già rilevato in quella sede, deve poi osservarsi che, per consolidato indirizzo giurisprudenziale che la Sezione condivide e a cui intende dare continuità, *"in relazione all'esatta quantificazione del costo orario del personale...nelle pubbliche gare un'offerta non può ritenersi anomala per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori"* (Cons. Stato, V, 5332 del 12 settembre 2018; si veda anche 18 febbraio 2019, n. 1097): la correttezza della valutazione di congruità dell'offerta aggiudicataria non può, dunque, essere smentita nell'ipotesi in cui il costo del lavoro esposto in sede di giustificazioni risulti inferiore rispetto a quello delle tabelle ministeriali di riferimento anche grazie alla modifica del CCNL da applicare e dell'inquadramento contrattuale dei neoassunti (Cons. di Stato, V, 8 marzo 2018, n. 1500); deve peraltro ribadirsi che, da un lato, non sono decisivi i settoriali rilievi circa la mancata retribuzione del lavoro straordinario e non è dubitabile che l'offerta aggiudicataria non violi *"i trattamenti salariali retributivi inderogabili"* (c.d. minimi) per legge o per una fonte autorizzata dalla legge, qual è il contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato da associazioni datoriali e sindacali rappresentative (trattandosi di assunto solo genericamente dedotto da GSA e rimasto sfornito di prova), dall'altro l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di ammissione al confronto concorrenziale, né la sua mancata applicazione può essere sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione dalla gara.

10.4. Alla perdurante sostenibilità e congruità dell'offerta dell'aggiudicataria Ok Gol e all'inammissibilità e infondatezza delle censure riproposte ex art. 101, comma 2, c.p.a. dall'appellata consegue l'accertata legittimità degli atti impugnati in prime cure con cui AdR all'esito della sentenza n. 4307/2017, dichiarata la risoluzione del contratto concluso con GSA per effetto del verificarsi dell'evento previsto nella clausola contrattuale, ha confermato l'aggiudicazione in precedenza disposta in favore del RTI Ok Gol (e revocata da AdR solo in ottemperanza, non acquiescente, alla sentenza esecutiva e non sospesa, di primo grado): i successivi provvedimenti adottati, alla luce della correttezza della nuova verifica di anomalia e dell'accertamento di attuale adeguatezza e remuneratività dell'offerta (anche all'esito della cessazione del regime di decontribuzione), e della confermata validità, per l'effetto, dell'aggiudicazione originaria del 2 maggio 2016, non costituivano provvedimento di nuova aggiudicazione né integravano un illegittimo nuovo affidamento, diretto e sostitutivo del

precedente, a favore del raggruppamento appellante.

10.5. Giova, in conclusione, ribadire che non era necessario che la stazione appaltante adottasse un nuovo provvedimento di aggiudicazione atteso che era stata ripristinata quella originaria per effetto dell'accoglimento degli appelli e della riforma della sentenza che ne aveva disposto l'annullamento: sussisteva, invece, l'obbligo della stazione appaltante di procedere ad una nuova ed ulteriore verifica di anomalia dell'offerta, nell'esercizio di poteri e autoritativi e nel perseguimento dell'interesse pubblico ad una gara trasparente e alla selezione del miglior contraente, alla luce delle sopravvenienze indicate da GSA, riscontrandone la relativa istanza in quanto volta non a rimettere in discussione rapporti definitivi e provvedimenti rimasti inoppugnati, ma a sollecitare una legittima valutazione, da parte dell'amministrazione, di fatti del tutto nuovi da quelli esaminati ed esaminabili nei precedenti segmenti del procedimento amministrativo e nei giudizi relativi alla legittimità degli atti di gara.

10.6. L'accoglimento delle censure di cui al terzo motivo dell'appello di AdR ed al terzo e al quarto motivo dell'appello di Ok Gol comporta l'assorbimento degli altri motivi con cui entrambe le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza nelle parti in cui ha dichiarato, in conseguenza della ritenuta illegittimità dell'affidamento disposto a favore di Ok Gol e dell'inefficacia del contratto nelle more concluso, il diritto di GSA, quale seconda classificata, al subentro nell'appalto e all'affidamento del servizio, a titolo di risarcimento in forma specifica dei danni subiti, anziché riconoscere che ciò dovesse comportare l'indizione di una nuova gara, e non ha accolto l'eccezione sollevata da Ok Gol di inammissibilità, per carenza dell'interesse qualificato, del ricorso e della correlata istanza risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, avendo GSA eseguito pressochè integralmente il servizio avente durata annuale (dal gennaio 2017 al 19 dicembre 2017).

11. Per le ragioni esposte e alla luce della fondatezza delle censure dedotte gli appelli vanno, dunque, accolti a ciò conseguendo, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione del ricorso di prime cure, come integrato dai motivi aggiunti proposti.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede: a) riunisce gli appelli; b) li accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente in primo grado.

Condanna GSA- Gruppo Servizi Associati s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio a favore di Aeroporti di Roma s.p.a. e di Ok Gol s.r.l., in proprio e nella qualità in atti, che liquida forfettariamente in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00) per ciascuna parte, oltre IVA, CPA e altri accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore