

Immediata impugnazione delle clausole del bando di gara

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 25-6-2024

I bandi di gara devono essere impugnati unitamente agli atti che di questi fanno applicazione, gli unici idonei ad "identificare in concreto" - e, così, rendere manifesta – la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8380 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in relazione alla procedura CIG 8833185ED8, 8833158892, 8833162BDE, 88331691A8, 883317676D, 8833183D32, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, Maria Sara Derobertis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Eustachio Manfredi, 5;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Gentile, Giovanna Fersurella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Sebino, 29;

nei confronti

Elisicilia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Borgia, Michele Dell'Arte e Carmela Marino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso principale: del bando pubblicato in data 21.7.2021 dalla società Autostrade per l'Italia S.p.A., del disciplinare e del capitolato speciale di appalto, tutti riferiti

alla “gara europea a procedura aperta per l’affidamento del Servizio di misure gestionali compensative dei requisiti di cui al d.lgs. 264/2006 nelle gallerie di competenza delle Direzioni di Tronco di Autostrade per l’Italia S.p.A.”; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, tra cui: la determinazione a contrarre n. 15/AAG del 14.7.2021, i documenti di gara indicati all’art. 2.1. del disciplinare e, in particolare, il documento denominato “*criteri di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*”; la nota di Autostrade per l’Italia S.p.A. prot. ASPI/RM/2021/0014222 del 6.8.2021, con cui è stata respinta l’istanza di autotutela presentata dalla ricorrente.

Per quanto riguarda i primi motivi aggiunti depositati in data 7.10.2021: delle “risposte ai quesiti posti nel tender_54531” pubblicate in data 3.9.2021 e a firma del R.U.P, e ciò con particolare riferimento alle risposte contrassegnate con R.1, R.16, R.31 in tema di clausola sociale ex art. 24 del disciplinare di gara; R.3, R.12, R.13, R.14, R.15, R.30, sui tempi di attivazione del servizio e sulla relativa riduzione (elemento di valutazione A.1); R.4 e R.29, sull’elemento di valutazione “B.2. Gestione del servizio e Proposte migliorative”, nella parte in cui non stabilisce sub-criteri e sub-punteggi; R.5, R.6 e R.11, relativi all’individuazione dell’oggetto del servizio; R.7, R.8, R.9, R.10 e R.33, sulle squadre di back-up (c.d. di riserva); R.17, sull’inerenza delle certificazioni ISO all’attività di oggetto di affidamento (elemento di valutazione A.2); R.18 e R.19, sulla figura del coordinatore e la valutazione del criterio B.1.1; R.20, R.21, R.22 e R.23, relativi al numero, alle caratteristiche e alla classe ambientale dei mezzi richiesti; R.25, avente a oggetto chiarimenti sul requisito di idoneità professionale; R.26 e R.27, relativi al requisito di fatturato specifico (modalità e importo), nonché all’importo del requisito di fatturato globale; R.28, relativo al CCNL utilizzato per l’individuazione dell’incidenza del costo della manodopera e al CCNL da applicare alla commessa.

Per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti depositati il 21.3.2023, integrati da terzi motivi aggiunti depositati in data 6.5.2023: del provvedimento del 16.2.2023, con cui ASPI ha disposto l’aggiudicazione del lotto 1 in favore del costituendo RTI con mandataria Elisicilia s.r.l. e mandante Security Service s.r.l.; della nota del 27.2.2023, con cui ASPI ha comunicato alla ricorrente di aver disposto la predetta aggiudicazione; dei verbali di gara in seduta pubblica e in seduta riservata, e in particolare: verbale n. 1 del 3.11.2021 in seduta pubblica; verbale n. 2 del 10.11.2021 in seduta pubblica, con tabelle allegate; verbale n. 3 del 17.2.2022 in seduta pubblica, con tabelle allegate; verbale n. 4 del 7.4.2022 in seduta pubblica, con allegate tabella “B – offerta tecnica”, tabella “C – ribasso offerto per la prestazione e valutazione complessiva delle offerte” e tabella “graduatoria finale e proposta di aggiudicazione”; nonché del verbale del 29.3.2022 e di ogni atto o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

Per quanto riguarda i quarti motivi aggiunti depositati in data 18.9.2023, integrati da quinti motivi aggiunti depositati in data 13.10.2023: della “comunicazione di intervenuta efficacia dell’aggiudicazione ai sensi dell’art. 32 comma 7 del d.lgs. 50/2016” del 12.5.2023; nonché del provvedimento del 14.2.2023, avente ad oggetto “aggiudicazione ex artt. 32, comma 5 e 33 comma 1 d.lgs. 50/2016 s.m.i.”, col quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione e disposta l’aggiudicazione dei lotti nn. 4 e 6 in favore di Evolve Consorzio Stabile.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2024 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società GSA – Gruppo servizi associati S.p.A. ha impugnato e chiesto l'annullamento del bando pubblicato in data 21.7.2021 dalla società Autostrade per l'Italia S.p.A., del disciplinare e del capitolato speciale di appalto, tutti riferiti alla *“gara europea a procedura aperta per l'affidamento del Servizio di misure gestionali compensative dei requisiti di cui al d.lgs. 264/2006 nelle gallerie di competenza delle Direzioni di Tronco di Autostrade per l'Italia S.p.A.”*; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, tra cui: la determinazione a contrarre n. 15/AAG del 14.7.2021, i documenti di gara indicati all'art. 2.1. del disciplinare e, in particolare, il documento denominato *“criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”*; la nota di Autostrade per l'Italia S.p.A. prot. ASPI/RM/2021/0014222 del 6.8.2021, con cui è stata respinta l'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente.

La ricorrente ha esposto di svolgere, per conto di ASPI, il servizio di sorveglianza e prevenzione incendi nelle gallerie, quale misura gestionale compensativa, e ciò in forza dell'Accordo Quadro n. 81012190 del 30.7.2020 e di successivi atti di affidamento e relativi contratti attuativi; ha soggiunto che tale accordo ha previsto una durata fino al 31.8.2022, dopo la quale la concessionaria ASPI ha indetto una procedura aperta che sarebbe *“sovrapponibile a detto accordo quadro per identità di servizi e, per grandissima parte, anche dei siti, perché diretta all'affidamento del medesimo servizio di misure gestionali compensative”*; il che ha indotto la ricorrente a presentare un'istanza di autotutela in data 4.8.2021, finalizzata all'adozione di *“ogni provvedimento diretto ad annullare o, quantomeno, idoneo a modificare e/o rettificare le (...) clausole della lex specialis”*, la cui illegittimità è stata puntualmente contestata; ma non avendo ASPI corrisposto a questa richiesta, la ricorrente ha impugnato gli atti della procedura controversa.

A fondamento del ricorso ha dedotto i seguenti motivi:

1°) violazione del divieto di ne bis in idem, eccesso di potere per difetto di presupposti, per difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.

Con esplicito richiamo al capitolato speciale di appalto, la ricorrente ha lamentato che la *“evidente identità dal punto di vista dell'oggetto tra il servizio già affidato, contrattualizzato e in corso di svolgimento da parte di GSA e il servizio che si intenderebbe affidare con l'impugnata*

procedura di gara (in entrambi i casi, servizio di sorveglianza e prevenzione antincendio, gestione delle emergenze e primo intervento quale misura compensativa dei requisiti di cui al d.lgs. 264/2006, ai fini della mitigazione del rischio di incendi nelle gallerie della Rete TERN di ASPI) conferma, per un verso, la violazione del divieto di ne bis in idem integrata dai provvedimenti impugnati e, per altro verso, l'erroneità e inesattezza del contenuto della richiamata nota del 6.8.2021 (...), con cui il responsabile del procedimento ha affermato – in relazione alla rappresentata sovrapposibilità tra il servizio che GSA sta attualmente svolgendo in forza dell'Accordo Quadro n. 81012190 in scadenza il prossimo 30.8.2022 e quello oggetto della procedura aperta – che «... i servizi richiesti non sono collegati alle attività previste dal Piano Sicurezza Gallerie (PSG2) – esigenze per le quali è già in essere con la Sua assistita apposito contratto N. 81012190 con oggetto “Misure compensative del servizio di vigilanza delle emergenze in galleria”. La suddetta procedura, invece, si riferisce a gallerie per le quali si renderà necessario attivare i servizi in oggetto a seguito di ordinarie attività manutentive o in caso di degrad” (cfr. pagg. 5 – 6).

Una identità – ha proseguito la ricorrente – corroborata dalla previsione di una clausola sociale per il personale in servizio con il gestore uscente.

2°) Eccesso di potere per irragionevolezza, violazione delle prescrizioni di sicurezza di cui al d.lgs. 264/2006 e difformità dalle prescrizioni e diffide della Commissione Permanente Gallerie.

Con tale motivo la ricorrente ha contestato le previsioni di gara “sia con riguardo all'effettiva composizione delle squadre, sia con riguardo alle caratteristiche delle dotazioni con cui dovranno essere allestiti i mezzi antincendio; trattandosi di clausole che, per l'indecifrabilità dei loro contenuti, si discostano macroscopicamente dall'onere di clare loqui, finendo con l'imporre, già ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o, addirittura, contrari alla normativa di settore, che comportino sostanzialmente l'impossibilità di formulare un'offerta seria e consapevole (relativamente alla composizione delle squadre) e, finanche, lecita (con riguardo alle caratteristiche delle dotazioni dei mezzi antincendio)” (cfr. pag. 7).

Ha, inoltre, censurato le prescritte caratteristiche tecniche di “tutti i mezzi messi a disposizione per il servizio” e previste nella *lex specialis*, la possibilità di proporre soluzioni tecniche alternative ed il diritto della stazione appaltante di servirsi di altro soggetto in caso di gravi inefficienze dell'appaltatore.

3°) Violazione degli artt. 30, 68, 83 e 86 del d.lgs. 50/2016, del principio di serietà e attendibilità dell'offerta; eccesso di potere per illogicità manifesta.

Con tale motivo la ricorrente ha contestato, poi, che “non richiedere già durante la gara la dimostrazione di tali specifiche tecniche, anche e soprattutto con riguardo ai mezzi e al personale antincendio, significa precludere al concorrente che non risulta aggiudicatario la possibilità di verificarne l'effettivo possesso in capo all'operatore economico che risulterà appaltatore; mentre per il committente significa esporsi al rischio di affidare tali servizi necessari a garantire il mantenimento delle condizioni di sicurezza delle gallerie a operatori economici, privi di mezzi e personale, od anche aventi mezzi con caratteristiche non rispondenti alle specifiche tecniche di capitolato, o aventi personale non idoneo, oppure in

numero non sufficiente; con conseguente inottemperanza alle prescrizioni impartite dalla CPG e in difformità alle vigenti S.C.I.A. antincendio, poste a cardine del proseguimento in sicurezza dell'esercizio delle Gallerie della rete TERN" (cfr. pag. 12).

4°) Sotto altro profilo, violazione degli artt. 30, 68, 83 e 86 del d.lgs. 50/2016, del principio di serietà e attendibilità dell'offerta; eccesso di potere per illogicità manifesta.

In continuità con il precedente motivo, la ricorrente ha dedotto che il capitolato avrebbe pure ommesso di *"specificare che il ruolo del coordinatore deve essere svolto da una figura già alle dipendenze dell'operatore economico, oppure che l'operatore economico si impegna in modo vincolante ad assumere detta figura in caso di aggiudicazione: non si vede in alternativa come una figura di consulente esterno possa in altro modo svolgere le necessarie attività di coordinamento, previste dal CSA, nei confronti di personale non alle proprie dipendenze, ma a quelle di un soggetto terzo"* (cfr. pag. 15).

5°) Violazione dell'art. 83, comma 1 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento, travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta.

La ricorrente ha, inoltre, contestato la legittimità della previsione del disciplinare relativa all'iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio industria, artigianato e agricoltura oppure nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara, in particolare lamentando che la stazione appaltante avrebbe dovuto prescrivere il richiamo alla competenza in materia di sorveglianza e prevenzione antincendio nell'oggetto sociale delle partecipanti.

6°) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, degli artt. 1 e 2 del DPR 177/2011 e dell'allegato IV, punto 3, oltre che degli artt. 66 e 121 del d.lgs. 81/2008; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e contraddittorietà.

La ricorrente, ancora, ha contestato che il disciplinare non avrebbe definito i servizi necessari ai fini della dimostrazione del possesso del requisito del *"fatturato specifico"*, che costituirebbe *"un indicatore essenziale per valutare l'idoneità specifica dell'operatore economico all'esecuzione dell'appalto oggetto della procedura deve necessariamente intendersi che per "infrastrutture" e/o "opere" si deve trattare di costruzioni destinate al servizio della viabilità stradale e/o ferroviaria, strumentali e/o indispensabili alla corretta funzionalità degli insediamenti urbani; con la conseguenza che tali costruzioni nel senso sopra indicato devono essere di notevole importanza costruttiva, e quindi riferirsi a tratte stradali analoghe a quelle della rete TERN, oppure a infrastrutture ferroviarie oppure ancora a opere quali gallerie, viadotti o ponti, di cui al d.lgs. 264/2006, rilevanti e significativi dal punto di vista costruttivo"* (cfr. pag. 21).

7°) Violazione dell'art. 83, comma 4 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e contraddittorietà.

La ricorrente ha, altresì, dedotto che *"sempre riferito al requisito del "Fatturato Specifico" (art. 7.2 lett. b del Disciplinare), oltre che al "Fatturato Globale" (art. 7.2 lett. a del Disciplinare),*

risultano essere alquanto incongrui i relativi importi come attualmente fissati, rispettivamente, in misura “pari ad una volta il valore annuo di ciascun lotto” (Fatturato Globale Medio Annuo riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili) e in misura “non inferiore” al 50% del valore annuo di ciascun lotto (Fatturato Specifico Medio Annuo riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili)” (cfr. pag. 24).

8°) Violazione dell'art. 79, comma 2 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e contraddittorietà.

Con tale motivo la ricorrente ha stigmatizzato la mancata previsione, nel disciplinare di gara, dell'obbligatorietà del sopralluogo.

9°) Violazione degli artt. 23 (comma 16), 30 (comma 4), 50 e 95 (comma 10) del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Con tale motivo la ricorrente ha, inoltre, contestato che la stazione appaltante non avrebbe provveduto a determinare la percentuale di incidenza dei costi della manodopera, “*non risultando tra i documenti e tra gli atti di gara alcun elaborato progettuale da cui desumere tale imprescindibile elemento, di cui gli operatori economici dovranno dare conto nell’offerta economica*”, la cui elaborazione avrebbe dovuto comportare una stima dei costi della manodopera; ed ha, pure, criticato la mancanza della indicazione del CCNL e delle tabelle, riferite al costo del lavoro, sulla scorta dei quali sarebbe possibile calcolare l'incidenza del costo della manodopera (cfr. pag. 27).

10°) Violazione dell'art. 95, comma 6 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per illogicità, violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza, difetto dei presupposti, d'istruttoria e di motivazione.

Con tale motivo la ricorrente ha frontalmente contestato i criteri di valutazione delle offerte, e ciò sia con riferimento ad alcune certificazioni di qualità, che evidenzerebbero tratti di genericità (come, ad esempio, le certificazioni UNI EN ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, OHSAS 18001:2007/ISO 45001:2018) e di sproporzione rispetto al servizio da appaltare; sia con riguardo al requisito riguardante la riduzione dei tempi di attivazione del servizio, una credenziale che “*non sarebbe verificabile ex ante nella sua effettività e veridicità da parte della Stazione Appaltante e da parte degli altri concorrenti, risolvendosi in una sorta di vera e propria promessa, da recepire fideisticamente, per di più senza alcun controllo e/o verifica in fase di gara e, ove il RUP o il DEC non lo richiedano, o il secondo non sia nemmeno nominato, nemmeno in fase esecutiva*” (cfr. pag. 31).

Ha, ancora, censurato l'attendibilità del criterio relativo all'esperienza del coordinatore, che sarebbe “*strutturato in modo quantitativo, con riguardo agli anni di esperienza nel settore dei servizi antincendio*” (cfr. pag. 32); nonché del criterio relativo “*alla classe ambientale dei mezzi antincendio, (...) trattandosi di un criterio premiale incoerente e inadeguato rispetto alle finalità che la stazione appaltante deve perseguire con l'attribuzione del servizio di sorveglianza e prevenzione antincendio*” (cfr. pag. 33); e, da ultimo, del “*criterio premiale B.2 “gestione del servizio e proposte migliorative”, poiché tale criterio non appare far riferimento ai profili tecnico*

progettuali che dovrebbero essere richiesti, in una gara come quella in oggetto, al fine di indurre gli operatori economici privati del settore a sviluppare innovative soluzioni progettuali che maggiorino le prestazioni previste come specifiche tecniche minime a base di gara” (cfr., ancora, pag. 33).

Si è costituita in giudizio la società Autostrade per l'Italia S.p.A. (31.8.2021), che nella memoria depositata in data 6.9.2021 ha, preliminarmente, eccepito che il ricorso sarebbe *“palesamente inammissibile in quanto volto a contestare la legittimità di clausole della lex specialis di gara che non hanno carattere “escludente” o impeditivo della partecipazione alla gara”*; ed ha ulteriormente eccepito che *“la lamentela di controparte non è minimamente idonea ad inficiare la legittimità del bando di gara, afferendo ad una questione correlata alla esecuzione di un rapporto negoziale (quello in essere tra GSA e ASPI)”* e, quindi, ascrivibile alla giurisdizione del giudice ordinario; nel merito si è opposta ai motivi di ricorso, chiedendone il rigetto.

Con primi motivi aggiunti depositati in data 7.10.2021 la ricorrente ha impugnato le *“risposte ai quesiti posti nel tender_54531”* pubblicate in data 3.9.2021 e a firma del R.U.P, e ciò con particolare riferimento alle risposte contrassegnate con *“R.1, R.16, R.31 in tema di clausola sociale ex art. 24 del disciplinare di gara; R.3, R.12, R.13, R.14, R.15, R.30, sui tempi di attivazione del servizio e sulla relativa riduzione (elemento di valutazione A.1); R.4 e R.29, sull’elemento di valutazione “B.2. Gestione del servizio e Proposte migliorative”, nella parte in cui non stabilisce sub-criteri e sub-punteggi; R.5, R.6 e R.11, relativi all’individuazione dell’oggetto del servizio; R.7, R.8, R.9, R.10 e R.33, sulle squadre di back-up (c.d. di riserva); R.17, sull’inerenza delle certificazioni ISO all’attività di oggetto di affidamento (elemento di valutazione A.2); R.18 e R.19, sulla figura del coordinatore e la valutazione del criterio B.1.1; R.20, R.21, R.22 e R.23, relativi al numero, alle caratteristiche e alla classe ambientale dei mezzi richiesti; R.25, avente a oggetto chiarimenti sul requisito di idoneità professionale; R.26 e R.27, relativi al requisito di fatturato specifico (modalità e importo), nonché all’importo del requisito di fatturato globale; R.28, relativo al CCNL utilizzato per l’individuazione dell’incidenza del costo della manodopera e al CCNL da applicare alla commessa”*.

A fondamento di tale impugnazione ha dedotto il motivo 11°, relativo a specifiche *“integrazioni”* ai dieci motivi proposti con l’atto introduttivo del giudizio, alle quali la società ASPI S.p.A. si è opposta nella memoria depositata in data 24.1.2022.

L’udienza pubblica del 9 febbraio 2022 è stata rinviata su domanda della ricorrente in ragione della pendenza delle operazioni di gara, nel frattempo avviate.

Ulteriore istanza di rinvio dell’udienza pubblica dell’11 ottobre 2022, successivamente fissata, è stata presentata dalla ricorrente in data 22.9.2022.

È, poi, accaduto che in data 27.2.2023 la società ASPI S.p.A. ha comunicato l’aggiudicazione in favore del costituendo RTI tra Elisicilia S.r.l. (mandataria) con Security Service S.r.l. (mandante) dei lotti 1, 2, 3 e 5 e, in favore di Evolve Consorzio Stabile, dei lotti 4 e 6; e che la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti con apposite istanze del 28.2.2023 e dell’1.3.2023.

Si è costituita in giudizio la società Elisicilia s.r.l. (15.3.2023).

Con secondi motivi aggiunti depositati il 21.3.2023 la ricorrente ha impugnato il provvedimento del 16.2.2023, con cui ASPI ha disposto l'aggiudicazione del lotto 1 in favore del costituendo RTI con mandataria Elisicilia s.r.l. e mandante Security Service s.r.l.; la nota del 27.2.2023, con cui ASPI ha comunicato alla ricorrente di aver disposto la predetta aggiudicazione; i verbali di gara in seduta pubblica e in seduta riservata, e in particolare: verbale n. 1 del 3.11.2021 in seduta pubblica; verbale n. 2 del 10.11.2021 in seduta pubblica, con tabelle allegate; verbale n. 3 del 17.2.2022 in seduta pubblica, con tabelle allegate; verbale n. 4 del 7.4.2022 in seduta pubblica, con allegate tabella "B – offerta tecnica", tabella "C – ribasso offerto per la prestazione e valutazione complessiva delle offerte" e tabella "graduatoria finale e proposta di aggiudicazione"; nonché del verbale del 29.3.2022 e di ogni atto o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

Il che ha determinato il rinvio dell'udienza pubblica del 22 marzo 2023.

A fondamento di tale impugnazione la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi, in continuità con quelli proposti:

12°) illegittimità in via derivata sulla scorta dei precedenti motivi proposti con l'atto introduttivo del giudizio e con i primi motivi aggiunti.

13°) Eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

La ricorrente ha lamentato che il costituendo R.T.I. aggiudicatario, capeggiato dalla società Elisicilia s.r.l., *"avrebbe formulato la propria offerta sulla base del CCNL "per Dipendenti da Istituti e Imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari", c.d. ASSIV. Tuttavia, tale CCNL non è "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto" (art. 30, comma 4 d.lgs. 50/2016), essendo invece applicabili al settore della prevenzione e sorveglianza antincendio esclusivamente il CCNL "Sorveglianza Antincendio", stipulato da ANISA (Confindustria Federvarie) e da CONFISAL, nonché il CCNL "Guardie ai Fuochi", stipulato da ANGAF e da FILT, da FIT e da UILTRASPORTI"* (cfr. pag. 6).

Con riserva di proporre ulteriori motivi aggiunti, ha sottolineato la necessità di verificare la giustificazione dei costi relativi al personale, dei costi necessari ad ottemperare alle prescrizioni tecniche essenziali, della disponibilità immediata delle risorse offerte e dichiarate, sia in termini di mezzi che di personale aventi le caratteristiche richieste, nonché delle migliori offerte dalla compagine aggiudicataria.

Con terzi motivi aggiunti depositati in data 6.5.2023 la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

14°) Violazione dell'art. 30, commi 3 e 4, e dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016; dell'art. 36 della Costituzione; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, violazione delle linee Anac n. 13/2019 e dell'art. 24 del disciplinare di gara.

La ricorrente ha lamentato che il CCNL indicato dal RTI aggiudicatario (*"servizi fiduciari"*), ossia

il CCNL “*per dipendenti da istituti e imprese di vigilanza privata e servizi fiduciar*”, c.d. “ASSIV”) recherebbe “*una disciplina normativa tecnicamente non coerente con le prestazioni da affidare*” (cfr. pag. 8) e, comunque, sarebbe non remunerativo e, pertanto, contrario al parametro costituzionale di sufficienza della retribuzione (cfr. pag. 9).

Ha, quindi, dedotto che “*l’impugnata aggiudicazione è illegittima anche per l’erroneità, l’irragionevolezza e l’inattendibilità della verifica della congruità dei costi della manodopera svolta dal RUP (che avrebbe dovuto condurre all’esclusione diretta dell’aggiudicataria per violazione dei minimi salariali del CCNL Sorveglianza Antincendio), posto che la relativa relazione (...), pur avendo mosso numerose critiche ai giustificativi di Elisicilia, più volte integrati, non si è minimamente posta il problema dell’avvenuta applicazione di un CCNL diverso da quello di settore, incorrendo in grave difetto di istruttoria*” (cfr. pag. 10).

15°) Violazione del par. 2.1.2 del capitolato speciale di appalto, delle specifiche tecniche minime e dell’art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016.

La ricorrente ha, poi, contestato la modificazione dell’offerta posta in essere dalla società Evolve Consorzio Stabile, classificatosi secondo nella graduatoria relativa al lotto 1, in particolare evidenziando che le dichiarazioni “*rese in sede di offerta tecnica (e dunque apprezzate dalla commissione di gara quando si è trattato di assegnare i punteggi per i criteri discrezionali attinenti alla gestione del servizio e alle proposte migliorative), trovano smentita nella tabella dei costi della manodopera, allorché Evolve ha dichiarato di assumere personale alla prima esperienza*” (cfr. pag. 12).

16°) Eccesso di potere per difetto d’istruttoria e di motivazione.

Con riguardo all’offerta del RTI aggiudicatario, la ricorrente ha lamentato che, “*quanto ai mezzi offerti dalla controinteressata, non è dato sapere se posseggano le caratteristiche idonee allo scopo, se siano stati utilizzati in precedenza in appalti similari, se siano nella disponibilità degli offerenti, se e da chi siano stati collaudati, posto che l’omologazione della Motorizzazione civile è resa ai soli fini della normativa sulla circolazione stradale e non entra nel merito dell’idoneità all’uso specifico, tantomeno con riferimento al peculiare scenario di rischio delle gallerie stradali*” (cfr. pag. 16).

In vista dell’udienza pubblica del 20 settembre 2023 le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche, ma a tale udienza la causa è stata ulteriormente rinviata in ragione della proposizione dei quarti motivi aggiunti, depositati in data 18.9.2023, con cui la ricorrente ha chiesto l’annullamento della “*comunicazione di intervenuta efficacia dell’aggiudicazione ai sensi dell’art. 32 comma 7 del d.lgs. 50/2016*” del 12.5.2023; nonché del provvedimento del 14.2.2023, avente ad oggetto “*aggiudicazione ex artt. 32, comma 5 e 33 comma 1 d.lgs. 50/2016 s.m.i.*”, col quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione e disposta l’aggiudicazione dei lotti nn. 4 e 6 in favore di Evolve Consorzio Stabile.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

18°) illegittimità in via derivata per i motivi proposti con il ricorso principale e i ricorsi per motivi

aggiunti.

19°) impugnazione al “buio” dei provvedimenti oggetto del quarto ricorso per motivi aggiunti.

Con successivi quinti motivi aggiunti depositati in data 13.10.2023 la ricorrente ha, quindi, dedotto i seguenti motivi:

20°) eccesso di potere per difetto di presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.

La ricorrente, in linea con quanto dedotto nel primo motivo di ricorso, ha stigmatizzato la sovrapposizione tra le prestazioni effettuate in qualità di precedente appaltatore e la disciplina di gara, individuando nel passaggio di personale *“l’esistenza e l’effettiva efficacia della “clausola sociale” la quale, a sua volta, costituisce ulteriore riprova – in aggiunta a quella risultante dal chiaro tenore letterale della lex specialis – dell’identità del servizio da affidare con i provvedimenti impugnati rispetto a quello che GSA stava eseguendo al momento di indizione della gara e che – come si dirà in prosieguo - sta eseguendo tuttora, con scadenza fissata al 31.12.2024”* (cfr. pag. 7): il tutto a fondamento della tesi secondo cui sarebbe stato precluso alla stazione appaltante l’indizione della procedura controversa e l’aggiudicazione dell’appalto.

21°) Violazione del par. 2.1.2 del capitolato speciale di appalto, delle specifiche tecniche minime e dell’art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016.

La ricorrente ha, infine, dedotto che *“dalla documentazione resa nota in sede di accesso agli atti e, in particolare dalla “tabella costi della manodopera” (...), parte integrante dell’offerta economica, è emerso che Evolve Consorzio Stabile ha inquadrato parte del personale al livello G del CCNL di riferimento, ossia il livello di ingresso riservato dal CCNL “Sorveglianza Antincendio” ANISA-CONFSAL a “... lavoratori adibiti a mansioni implicanti semplici conoscenze pratiche e che non richiedono alcuna abilitazione” privi di “anzianità di servizio” (...) e ha applicato al personale che intende adibire alla commessa sgravi contributivi che, appunto, sono riservati al personale di nuova assunzione”;* cosicché, la richiesta di tale concorrente, presentata in data 14.9.2023, di conoscere i dati relativi al personale che la ricorrente GSA sta attualmente impiegando nell’appalto dissimulerebbe una *“inammissibile modifica dell’offerta, attraverso l’assorbimento del personale di GSA attualmente impiegato nella commessa che, in ragione dell’anzianità di servizio e dell’elevata specializzazione, non ha le caratteristiche, oltre che i costi, di quello di nuova assunzione, cui la controinteressata ha fatto riferimento nella propria offerta tecnica ed economica”* (cfr. pagg. 11 – 12).

In vista dell’udienza pubblica del 29 maggio 2024, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche.

In particolare:

- nella memoria del 13.5.2024 la società Elisicilia s.r.l. ha fatto presente di aver *“sottoscritto in data 4.12.2023 l’accordo quadro relativo al lotto 2 (...). Ad oggi, tuttavia, non è stato*

sottoscritto il contratto attuativo né avviate, quindi, le prestazioni. Mentre per i lotti 1,3,5, è stata disposta da ASPI in data 24.1.2024 la revoca dell'aggiudicazione”;

- nella memoria del 13.5.2024 la ricorrente GSA ha confermato tali circostanza, insistendo nelle proprie conclusioni; deduzioni ribadite anche nella replica del 17.5.2023;

- nella memoria di replica del 17.5.2024 la società Elisicilia s.r.l. ha ribadito che quelli affidati costituirebbero “servizi diversi in quanto i servizi oggetto della gara di cui occupa non sono collegati alle attività previste dal Piano Sicurezza Gallerie (PSG2), in relazione alle quali è già in essere con la GSA uno specifico contratto di affidamento dell'esecuzione delle “Misure compensative del servizio di vigilanza delle emergenze in galleria”. Più specificamente, il contratto in essere con GSA fa riferimento alle misure compensative che ASPI ha dovuto attuare a seguito della delibera della Commissione Permanente Gallerie (CPG) del 6 febbraio 2020, in relazione alle gallerie oggetto di adeguamento ai sensi del d.lgs. 264/2006”;

- nella memoria di replica del 18.5.2024 la società ASPI S.p.A. ha insistito nelle proprie eccezioni e conclusioni.

All'udienza pubblica del 29 maggio 2024 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso e i motivi aggiunti sono inammissibili per carenza d'interesse, come fondatamente eccepito da ASPI S.p.A.

Con riguardo al ricorso, nonché ai primi motivi aggiunti, con i quali è stata contestata la disciplina di gara, occorre richiamare l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale, ad avviso della quale costituisce “*acquisizione consolidata*” che i bandi di gara devono essere impugnati unitamente agli atti che di questi fanno applicazione, gli unici idonei ad “*identificare in concreto*” - e, così, rendere manifesta – la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (cfr. Corte Costituzionale, 22 novembre 2016, n. 245).

Tale orientamento ha pienamente confermato le statuizioni dell'Adunanza plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, nella quale si è osservato che alla regola generale dell'impugnazione congiunta del bando con l'atto applicativo “*fanno eccezione le ipotesi in cui si contesti che la gara sia mancata o, specularmente, che sia stata indetta o, ancora, si impugnino clausole del bando immediatamente escludenti, o, infine, clausole che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4)*”.

La plenaria 1/2003 ha considerato come immediatamente escludenti, e quindi da impugnare immediatamente, (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare – restrittivamente – i requisiti di ammissione ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul

piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta; ed ha soggiunto che in tali evenienze ha legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l'operatore che non ha proposto la domanda partecipativa.

Quanto illustrato ha trovato successivo riconoscimento nell'Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4, nella quale si è confermato che *“le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo”*; ed ha espresso il principio di diritto secondo cui *“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”*.

Tanto precisato, negli 11 motivi di ricorso (10 motivi proposti con il ricorso principale e l'11° motivo, proposto con i primi motivi aggiunti, mediante il quale le censure già proposte sono state integrate) la ricorrente ha esplicitato profili di lesione delle prerogative concorrenziali sottese all'indizione di una commessa che avrebbe avuto natura e contenuto identico o comunque analogo alla commessa in corso di esecuzione (fino al 31.8.2022, data di scadenza dell'accordo quadro), nonché vari profili di critica alle soluzioni tecniche poste a base di gara e, più in generale, all'ideazione delle procedura stessa.

Rileva, tuttavia, il Collegio che nessuna di tali censure ha prefigurato e dimostrato l'esclusione della possibilità della ricorrente di partecipare alla procedura di gara: evidenza sostanziata dalla plateale e pacifica circostanza che, effettivamente, la ricorrente ha concorso all'aggiudicazione dei lotti controversi.

Pure inammissibili – sempre per carenza d'interesse – sono i secondi, terzi, quarti e quinti motivi aggiunti.

La società ricorrente ha sottoscritto con la società ASPI S.p.A. l'accordo quadro n. 81012190 del 30.7.2020, avente scadenza il 31.8.2022.

Tale accordo, all'art. 3, *“stabilisce e disciplina le condizioni e i termini che regolamenteranno l'esecuzione del servizio di misure compensative e gestione delle emergenze, come descritto in dettaglio nel capitolato tecnico. l'appaltatore si obbliga ad eseguire le prestazioni in conformità alle specifiche tecniche e alle condizioni stabilite nel capitolato tecnico. Il servizio oggetto dell'appalto comprende le attività necessarie a mantenere le gallerie sotto una costante vigilanza (h24 e 7/7), ai fini della mitigazione del rischio incendio e del primo intervento e comprende pertanto tutte le prestazioni e la mano d'opera necessarie a garantire il servizio di attuazione delle misure compensative e di gestione dell'emergenza nelle gallerie oggetto del servizio. Le attività previste dal servizio possono essere riassunte, a titolo indicativo e non esaustivo, come di seguito riportato: offrire un servizio di pattugliamento*

sostitutivo e/o di presidio nell'area di competenza in base alle esigenze della committente; gestire le emergenze di evacuazione della zona di pericolo in ausilio alle autorità preposte; rilevare, prevenire e reagire agli eventuali principi di incendio che si dovessero sviluppare nell'area di competenza; creare e mantenere condizioni ottimali di sicurezza nell'attesa dell'arrivo dei soccorsi e facilitare l'intervento di quest'ultimi; rimuovere ostacoli e materiali dispersi sulla carreggiata e mettere in sicurezza i veicoli coinvolti; segnalare e gestire l'emergenza causata da incidente in ausilio alle autorità preposte".

Al successivo art. 7 si è, poi, previsto che l'accordo "ha una durata di 24 mesi, decorrenti dalla data di sottoscrizione tra le parti. La durata del presente accordo quadro potrà essere prorogata, ai sensi dell'articolo 106, comma 11, del d.lgs. 50/2016, per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso, l'appaltatore sarà tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nell'accordo quadro agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la committente. La committente si riserva la facoltà di ordinare la sospensione dell'accordo quadro nei casi previsti dall'articolo 107 del d.lgs 50/2016. non potranno essere emessi contratti attuativi dopo la scadenza del suddetto termine di validità contrattuale del presente accordo quadro, eventualmente prorogato ai sensi dell'art. 106, comma 11, del codice".

Le procedure di affidamento oggetto del contendere (lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6), indette con bando pubblicato sulla GUUE in data 21.7.2021, sono state aggiudicate in data 14.2.2023, con comunicazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. 50/2016 in data 12.5.2023 per quanto riguarda i lotti 1, 2, 3, 5, aggiudicati al RTI Elisicilia s.r.l (mandataria) e Security Service s.r.l. (mandante); e con comunicazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. 50/2016 in data 14.6.2023 per quanto riguarda i lotti 4 e 6, aggiudicati alla Evolve Consorzio Stabile.

Per tutti i lotti, dunque, l'aggiudicazione è intervenuta a notevole distanza di tempo dalla scadenza dell'efficacia dell'accordo quadro (31.8.2022), la cui proroga non è stata documentalmente provata dalla ricorrente.

Per quanto riguarda il lotto 2, invece, risulta incontestato tra le parti, ai sensi dell'art. 64, comma 2 c.p.a., che è stato sottoscritto il 4.12.2023, con decorrenza dal 4.9.2023 fino al 3.9.2025; la legittimità della sottoscrizione del contratto non è stata contestata dalla ricorrente, con condotta che, perciò, sostanzia acquiescenza.

Per quanto, ancora, riguarda i lotti 1, 3 e 5, con provvedimento adottato in data 24.1.2024 la stazione appaltante ha rilevato che "successivamente all'attivazione delle attività propedeutiche all'avvio del servizio e alla sottoscrizione del contratto, l'operatore economico ha opposto, di volta in volta, rilievi sull'organizzazione del servizio ovvero sulla remuneratività dello stesso. Ciò con riferimento non solo alle previsioni tecniche e contrattuali già accettate al momento della partecipazione alla procedura di gara, ma anche all'offerta prodotta dall'RTI medesimo. Tali rilievi venivano rigettati da ASPI (cfr. nota ASPI del 28/11/2023). - con nota del 28/11/2023, ASPI, da ultimo, invitava l'RTI a confermare formalmente la propria piena disponibilità a sottoscrivere i contratti dei rimanenti lotti 1, 3 e 5 avvertendo che, in mancanza, si sarebbe riservata di revocare l'aggiudicazione disposta; - con nota del 12/12/2023 l'RTI,

facendo riferimento al termine di validità delle proprie offerte, ha rappresentato la volontà di non confermarne la relativa validità sui lotti 1, 3 e 5”; la società ASPI S.p.A. ha, quindi, sottolineato che “è interesse della stazione appaltante procedere tempestivamente all’efficiente esecuzione del servizio aggiudicato, anche tramite l’attivazione dell’operatore economico che segue in graduatoria e dare così efficacemente seguito alla procedura di affidamento”; ha, quindi, disposto, per i predetti lotti, la revoca dell’aggiudicazione con intervenuta efficacia comunicata il 22.5.2023.

Nella memoria depositata in data 4.9.2023 (come anche confermato nei terzi motivi aggiunti) la stazione appaltante ha reso noto che la ricorrente GSA si è “*classificatasi terza nella graduatoria di gara*”, dopo il “*concorrente posizionatosi secondo nella medesima graduatoria, Consorzio Evolve*”.

Non risulta in atti che la stazione appaltante abbia disposto per alcuno dei tre lotti, sopra indicati, lo scorrimento nei confronti del secondo graduato.

Con i terzi motivi aggiunti la ricorrente ha contestato, poi, esclusivamente l’aggiudicazione del lotto n. 1, ma senza allegare la graduatoria e, soprattutto, senza muovere alcuna censura all’assegnazione dei punteggi al Consorzio Evolve, al quale, comunque, la procedura non è stata aggiudicata dopo la disposta revoca nei confronti del RTI in origine aggiudicatario; ne deriva *a fortiori* l’inammissibilità delle censure mosse per dedurre la “*necessità di escludere il secondo classificato Evolve Consorzio Stabile per inapplicabilità degli sgravi contributivi dichiarati*”, nonché “*il RTI Elisicilia e il Consorzio Evolve per inidoneità dell’offerta tecnica, (...) dei mezzi antincendio proposti, mancata comprova dell’idoneità all’uso con particolare riferimento al peculiare scenario di rischio*”.

La legittimità dell’affidamento dei restanti lotti controversi nn. 4 e 6 è stata, infine, censurata dalla ricorrente con i quarti motivi aggiunti ed anche con i quinti motivi aggiunti, questi ultimi riferiti a tutti i lotti.

Ma, a tal riguardo, il Collegio rileva – in punto di fatto – che a pag. 5 dei quarti motivi aggiunti è stata la stessa GSA ad evidenziare che “*a tutt’oggi non risulta stipulato il contratto con le controinteressate, né avviato il servizio con queste ultime, essendo detto servizio svolto dall’odierna ricorrente*”: ma senza allegare il provvedimento sulla scorta del quale la stazione appaltante avrebbe disposto la proroga dell’affidamento in questione; né, tantomeno, il difensore ha fornito – su espressa domanda del Collegio – sufficienti chiarimenti (in punto di legittimazione all’esercizio del servizio asseritamente identico a quello appaltato) in occasione dell’udienza di discussione finale.

Per il lotto 6, poi, è contestata la richiesta di informazioni propedeutiche ad un passaggio di dipendenti, tra vecchio e nuovo affidatario, in applicazione della disciplina della clausola sociale, la quale costituirebbe prova della identità dei servizi appaltati rispetto a quelli oggetto dell’accordo quadro stipulato da ASPI S.p.A. con la ricorrente.

Ma anche sotto tale profilo, il ricorso è inammissibile per carenza d’interesse alla luce della circostanza che l’accordo quadro è scaduto in data 31.8.2022.

Senza contare che ad avviso della giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V. 20.03.2023, n. 2806) “è noto che l’inserimento della clausola sociale comporta per l’offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell’appalto. Tuttavia è stato da tempo precisato in giurisprudenza che la clausola sociale non obbliga l’aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all’appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l’anzianità pregressa. Ciò in quanto, nell’applicazione di dette clausole, è necessario procedere attraverso un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall’art. 41 Cost e dall’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall’altro il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall’art. 35 Cost nonché dall’art. 15 della Carta di Nizza (Consiglio di Stato sez. V 2/11/2020 n. 6761; in termini anche Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703). Per tali ragioni la clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255; Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; cfr. anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066). Per cui, com’è stato ulteriormente precisato (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665), sulla scorta di tale lettura della clausola sociale questa va intesa in termini di flessibilità: la stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell’operatore concorrente; né, d’altro canto, l’elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa”.

Da ultimo, alcuna censura risulta proposta avverso il lotto 4: ne deriva che anche i quarti e quinti motivi aggiunti devono dichiararsi inammissibili per difetto d’interesse e, comunque, per genericità.

In conclusione, tutti i ricorsi proposti sono inammissibili, nei sensi espressi in motivazione.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono quantificate in 3.500,00, oltre accessori, che la ricorrente dovrà corrispondere ad ASPI S.p.A.; restano compensate le spese processuali nei confronti delle altre parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente

pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili nei sensi espressi in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in €. 3.500,00, oltre accessori, in favore di ASPI S.p.A.; compensa per il resto le spese processuali.

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

Guida alla lettura

La **regola generale** è quella secondo cui **il bando viene impugnato unitamente ai provvedimenti che ne danno attuazione**: si pensi, ad esempio, all'impugnazione della determina di aggiudicazione della gara di appalto.

Ed infatti, **in generale**, il provvedimento che incide negativamente sulla sfera del concorrente partecipante e non aggiudicatario dell'appalto è **proprio quello che individua l'assegnatario del servizio, della fornitura o dei lavori oggetto di gara e che rende attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato**.

Non costituiscono **clausole escludenti** e quindi impugnabili sin dal momento di pubblicazione del bando, quelle che riguardano i criteri di valutazione delle offerte, anche se ritenuti discriminatori. Questo perché l'impugnazione diretta delle clausole della *lex specialis* riguarda solo quelle che prevedono criteri esorbitanti e che impediscono materialmente la partecipazione dell'operatore economico o rendendo difficoltosa, quando non impossibile, il calcolo della convenienza economica dell'appalto.

Le clausole escludenti, invece, sono quelle previsioni della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, concretizzano una lesione di per sé già attuale senza bisogno di ulteriori atti applicativi e lo onerano dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale.

Tra le clausole escludenti enucleate nel tempo dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria rientrano:

- **clausole impositive**, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
- regole che rendano la partecipazione **incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile**;
- disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano **impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica** ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;
- condizioni negoziali che rendano il **rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente**.

Le fattispecie di clausole immediatamente escludenti enucleate dalla giurisprudenza sono circoscritte ai casi limite di abnormità della *lex specialis* che:

- risulti platealmente impeditiva della partecipazione di un operatore;
- renda impossibile o incongruamente difficoltoso il calcolo di convenienza economica sotteso alla razionale formulazione di un'offerta
- conduca a offerte *ictu oculi* in perdita.

Caratteristica comune di tali ipotesi di eccezione – che pur sempre vanno correlate alla condizione soggettiva dell'interesse legittimo che si assume lesa, pena l'ammettere in capo a un'impresa un'inammissibile azione “nell'interesse della legge”, cioè di diritto oggettivo – è **la loro attitudine ad impedire, in modo oggettivo e macroscopico, a un normale operatore economico di formulare un'offerta corretta**, ossia – in ultima analisi – di presentare la domanda di partecipazione.

Ne deriva, quindi, che sono da considerarsi clausole immediatamente escludenti, con conseguente onere di immediata impugnazione, solo quelle che, con **assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese, in quanto precludono, per ragioni oggettive, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico**.

In altre parole, perché sia configurabile l'effetto “escludente”, la previsione della *lex specialis* deve porre con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore “medio” di formulare un'offerta economicamente sostenibile (ossia astrattamente idonea a produrre – pur nella normale alea contrattuale – un utile derivante dall'esecuzione del contratto).

Ai fini dell'impugnazione del bando di gara, **qualsiasi interessato alla contestazione del bando potrà proporre ricorso**, a patto di dimostrare che, in assenza delle clausole escludenti, sarebbe stato nelle condizioni di poter partecipare utilmente alla gara, senza dover dare prova che si sarebbe classificato primo in graduatoria.

Le clausole non immediatamente escludenti possono invece essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o comunque manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

La partecipazione alla procedura di gara diventa così **presupposto di qualificazione e differenziazione dell'interesse ad impugnare**, in quanto elemento idoneo a collocare l'operatore economico in posizione giuridica differenziata rispetto alle altre imprese presenti sul mercato, radicando, in capo all'impresa, un interesse legittimo che le consenta di provocare il sindacato di legittimità sulle clausole della *lex specialis*.

La regola generale, quindi, è quella per cui **soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnarne l'esito (essendo titolare di una posizione differenziata) e che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto lesa dal provvedimento e a rendere attuale e**

concreta la lesione.

La giurisprudenza pressoché costante, poi confermata anche **dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4/2018**, ha ritenuto che in presenza di clausole non escludenti **la lesione lamentata resta meramente virtuale e astratta, in quanto versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario**; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura e ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara) certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario) del quale non sarebbe certa la non realizzabilità.

Lo scrutinio di legittimità eventualmente invocato, invero, potrà essere svolto – ricorrendone i presupposti – solo al momento dell'emanazione dell'atto provvedimento di aggiudicazione suscettibile di concretizzare la lesione idonea a far sorgere l'onere di doppia impugnativa della clausola – o delle clausole – assuntamente discriminatorie unitamente ai correlati atti applicativi.