

CONTRATTI DELLA P.A.: Amministrazione pubblica - Contratti pubblici - Procedure ad evidenza pubblica - Art. 79, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016 - Illegittimo l'obbligo di sopralluogo anche il gestore uscente ma anche la successiva disapplicazione in suo favore - *Par condicio* - Violazione - Riedizione della gara - Obbligo.

Tar Lombardia - Milano, Sez. I, 15 aprile 2020, n. 631

- in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2021, pag. 934

“[...] la regola foggiate nel disciplinare:

- si iscrive nell'alveo dell'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale “Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte” [...]

- è preordinata a consentire ai partecipanti una formulazione della offerta -e, dunque, della propria volontà di partecipazione e di determinazione del quid, quomodo e quantum del rapporto contrattuale- plena cognitio, in guisa maggiormente aderente alle peculiarità del servizio da rendere e, dunque, agli effettivi bisogni ed interessi della Amministrazione committente;

- è connotata da un tenore letterale chiaro ed inequivocabile, ed assume una valenza omincomprensiva, rivolgendosi a tutti gli aspiranti concorrenti, senza prevedere qualsivoglia ipotesi eccezzuativa;

- è costitutiva di un onere per certo esigibile e agevolmente espletabile dalla impresa che intenda aderire alla gara, a fortiori per la imprese, come quella ricorrente, che già gestiva da tempo il servizio nei luoghi da visitare;

- è strutturata in modo tale da implicare la necessaria contestualità del sopralluogo, in guisa da consentire a tutti i potenziali partecipanti alla procedura di conoscere quanto meno in abstracto la platea dei possibili soggetti competitori (fermo restando la possibilità, per la impresa partecipante al sopralluogo, di successivamente deflettere dall'intendimento di aderire alla gara);

- integra il classico paradigma della lex perfecta, quae vetat aliquid et, si factum sit, rescindit, contemplando per la sua inosservanza la espressa sanctio iuris della “esclusione dalla procedura di gara”, recte la incapacità giuridica dell'operatore economico a partecipare alla gara; il sopralluogo, invero, costituisce adempimento, cronologicamente antecedente alla partecipazione alla gara e logicamente e funzionalmente prodromico giustappunto a consentire all'aspirante partecipante di consapevolmente manifestare la propria voluntas negoziale, volta dapprima (an)

alla adesione alla gara, di poi, alla concreta modulazione della offerta tecnica ed economica (quomodo e quantum);

- ha governato la procedura concorsuale ab initio, non essendo mai stata espunta con valenza erga omnes dalla cornice prescrittiva formante la lex specialis di gara [...]".

FATTO

1. Con deliberazione n. 234/2017 l'Azienda Regionale Emergenza Urgenza – AREU indiceva la procedura relativa alla fornitura del servizio antincendio necessario alle basi *Helicopter Emergency Medical Service* (HEMS) di Milano, Como e Sondrio e Milano.

1.1. Con deliberazione n. 278 del 25.9.2018 venivano approvati gli atti di gara – bando, disciplinare, capitolato speciale e relativi allegati - individuando quale criterio di aggiudicazione dell'appalto quello previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, della *"offerta economicamente più vantaggiosa"*.

1.2. Il bando veniva, al fine, pubblicato in data 30 novembre 2018, ed aveva ad oggetto *"la procedura aperta, mediante piattaforma di intermediazione telematica Sintel, per l'affidamento del servizio antincendio necessario nelle basi HEMS di Como, Milano e Sondrio, di durata triennale, eventualmente prorogabile per ulteriori tre anni, i cui rispettivi servizi costituiscono lotti distinti (Lotto 1 – Como CIG 7710775CD0; Lotto 2 – Milano CIG 771078336D; Lotto 3 – Sondrio CIG 771080231B)"*.

1.3. Alla gara relativa al lotto 1 – Como e al lotto 3 - Sondrio, che quivi rilevano, partecipavano mediante trasmissione della domanda tramite la piattaforma Sintel di AREU l'attuale ricorrente principale, Elisicilia s.r.l., nonché la ricorrente incidentale, GSA peraltro gestore uscente *"in ATI"* del medesimo servizio oggetto della commessa in esame.

1.4. Nella prima seduta del 7 febbraio 2019 il seggio di gara procedeva all'apertura dei plichi telematici amministrativi delle due società partecipanti; dal verbale attestante le operazioni di gara si evince che:

- siccome dichiarato dal RUP, *"da documentazione agli atti GSA non ha partecipato ai sopralluoghi dei lotti 1 e 3 fissati per il 7.1.2019"*;

- la medesima GSA aveva altresì presentato una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, con la quale si asseriva, pur in mancanza dell'espletamento del prescritto sopralluogo, di avere *"presovisione dei luoghi oggetto della procedura e di averne una completa ed esaustiva conoscenza in quanto e quale gestore uscente del servizio presso la base basi Hems di Como – Villaguardia (lotto1) e la base HEMS di Sondrio – Caiolo (lotto 3)"*, all'uopo espressamente rimarcando di avere reso tale dichiarazione *"in coerenza con il principio affermato dalla sentenza n. 4597 del 26.7.2018"*

del Cons. Stato sez.VI (...) che la stessa Stazione Appaltante, con nota del 29/01/2018 prot. 2017/57, ha confermato di condividere e di avere fatto proprio”;

- il RUP contestava tale ultima asserzione, rilevando che la stazione appaltante “*non ha né condiviso né fatto propria la sentenza ex CdS n. 4597 del 26.07.2018 sezione VI, ma ha semplicemente preso atto della sentenza*” affermando solo che “*nel caso in cui codesta Società dovesse decidere di partecipare alla procedura, l’Azienda terrà in opportuno conto della sentenza del CdS n. 4597 del 26.07.2018 sezione VI*”.

1.5. Nella successiva seduta dell’8 marzo 2019 si procedeva ad ammettere alle fasi successive della gara sia la ricorrente principale che GSA, quest’ultima “con riserva” in attesa delle opportune verifiche circa la obbligatorietà del sopralluogo.

1.6. Infine, all’esito della valutazione delle offerte delle concorrenti e, altresì, a scioglimento della riserva afferente alla ammissione di GSA, con deliberazione n. 221/19 la stazione appaltante:

- ammetteva definitivamente alla gara GSA, “*tenuto conto della prassi giurisprudenziale*” secondo cui, pure in mancanza dell’espletamento del sopralluogo previsto come obbligatorio dalla *lex specialis* “*i fornitori uscenti, per entrambi i lotti, hanno cognizione dei luoghi presso cui dovrà essere svolto il servizio*”;

- aggiudicava la gara relativa al lotto 1 e al lotto 3 ad essa GSA, avendo conseguito un punteggio più elevato di quello attribuito alla ricorrente principale.

1.7. Avverso tale ultimo provvedimento, nonché avverso gli altri atti di gara, insorgeva Elisicilia, a mezzi di gravame essenzialmente deducendo:

- violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 11 e 15.3.2. del disciplinare di gara e dell’articolo 79 comma 2 del d.lgs. 50/2016 - violazione del principio dell’autovincolo - eccesso di potere per sviamento - motivazione apparente e/o contraddittoria - violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 80 comma 5 lett. c e f-bis del d.lgs. 50/2016, per non avere l’Amministrazione provveduto ad escludere GSA dalla gara, a cagione del mancato espletamento del sopralluogo, adempimento previsto a pena di esclusione dal disciplinare (art. 11), in conformità peraltro del dettato normativo di cui all’art. 79, comma 2, d.lgs. 50/16; né il gestore uscente avrebbe potuto esimersi da tale obbligo, in forza del “*principio della par condicio in tutti i procedimenti di evidenza pubblica*”; fuorviante, peraltro, sarebbe stata la stessa dichiarazione con cui GSA, nella domanda di partecipazione, avrebbe dichiarato di avere effettuato tale sopralluogo, ciò che rivelerebbe anche un profilo di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis, d.lgs. 50/16;

- eccesso di potere per violazione del principio di *par condicio* e di buon andamento nell’operato della Amministrazione di cui all’art. 97 della Cost. –violazione di autolimitate – ingiustizia grave e

manifesta; la ammissione alla gara di un concorrente, ad onta della mancata effettuazione del sopralluogo obbligatorio previsto a pena di esclusione dal disciplinare, *“oltre alla violazione evidente della lex specialis e del principio dell’autovincolo”* avrebbe altresì leso il principio di *par condicio*, determinando una posizione di asimmetria informativa; così che mentre GSA avrebbe *“adottato una strategia di aggressione sull’elemento prezzo”* ciò non avrebbe fatto Elisicilia, facendo affidamento sull’assenza di GSA, suo principale competitor alla gara; di talchè, anche a voler accedere alla tesi della illegittimità della previsione di gara, *“l’Amministrazione avrebbe dovuto, in autotutela, modificarla preventivamente rendendolo noto ai potenziali partecipanti. In mancanza il risultato prodotto è stato quello di aver del tutto inficiato l’esito della gara, a tutto ingiusto vantaggio di G.S.A”*;

- in via subordinata, impugnativa del disciplinare di gara all’articolo 11 per violazione del principio di segretezza dei partecipanti di cui all’articolo 53 del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere per disparità di trattamento; in via gradata, la legge di gara sarebbe illegittima - ove interpretata nel senso di legittimare il mancato sopralluogo da parte del gestore uscente - per violazione del principio di segretezza, imponendo il sopralluogo a tutti i partecipanti nello stesso giorno e alla stessa ora.

1.8. Si costituiva la stazione appaltante, instando per la reiezione del gravame.

1.9. Si costituiva, altresì, la società controinteressata che, oltre a resistere alla domanda di Elisicilia, dispiegava anche ricorso incidentale avverso *i)* le previsioni di gara, se e in quanto l’obbligo del sopralluogo ivi previsto dovesse essere inteso come riferito anche ai gestori uscenti del precedente appalto; *ii)* in via gradata, la nota prot. 1-6-03 del 29.1.2019 con cui AREU non aveva consentito a GSA di effettuare il sopralluogo in giorno diverso e successivo rispetto a quello previsto dall’art. 11 del disciplinare di gara, seppur precedente al termine di scadenza di proposizione delle offerte.

1.10. Il gravame incidentale si fondava sui mezzi che in appresso si compendiano:

- nullità delle clausole della *lex specialis* e potere di disapplicazione della stazione appaltante - violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83, comma 8, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 - violazione del principio di divieto di aggravio del procedimento e di massima partecipazione; la clausola recante l’obbligo a pena di esclusione di effettuazione del sopralluogo –ove interpretata nel senso di riferirsi in guisa omnnicomprensiva anche ai concorrenti che già conoscano i luoghi in quanto gestori uscenti del servizio- sarebbe affetta da nullità *ex art.* 83, comma 8, d.lgs. 50/2016, e ben sarebbe stata, indi, disapplicata dalla Amministrazione;
- violazione e/o falsa applicazione dell’art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 - violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83, comma 8, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 -

violazione del principio di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza; in ogni caso, le medesime clausole sarebbero illegittime, “*e come tali andrebbero annullate*”, anche alla luce delle statuizioni rese da CdS, V, 4597/18;

- *in via subordinata*, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 79, comma 2, e del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 sotto altro profilo - violazione dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 - riedizione della gara; in via gradata, illegittimo sarebbe stato il contegno della stazione appaltante, nella parte in cui avrebbe precluso alla ricorrente incidentale, con la nota del 29 gennaio 2019, la possibilità di effettuare il sopralluogo in un giorno successivo a quello fissato nel disciplinare (e fino alla scadenza del termine di presentazione delle domande) e, dunque, di ottemperare alle prescrizioni di gara in tema di sopralluogo; di qui l’interesse alla caducazione degli atti di gara e della citata nota del 29 gennaio 2019, al fine della rinnovazione della procedura.

1.11. Elisicilia, di poi, esperiva motivi aggiunti avverso la delibera di aggiudicazione, deducendo:

- violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 3.2.1. del capitolato speciale di gara, dell’art. 16 punto b del disciplinare di gara e dell’art. 83 del d.lgs. 50/2016 - violazione e/o falsa applicazione del regolamento UE 2018/ 858, dell’articolo 78 del codice della strada e dell’art 236 del DPR 495/1992 - violazione e/o falsa applicazione del DM 238/07 - eccesso di potere per difetto d’istruttoria - carenza di motivazione - violazione del principio del buon andamento dell’agire dell’Amministrazione, atteso che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara GSA, per avere indicato in offerta dei mezzi antincendio non omologati e non conformi al DM n. 238 del 2007;

- violazione e/o falsa applicazione dell’articolo 16 punto b 2.1. b.2.3. b.2.4 e 18.1. del disciplinare di gara - violazione 10 dell’articolo 95 del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere per difetto d’istruttoria ed errore sui presupposti; in ogni caso, stante le carenze suindicate afferenti ai veicoli indicati, l’offerta di GSA avrebbe dovuto ricevere, per i tre sub criteri che venivano in rilievo, punti zero invece dei 9,15 punti assegnati, ciò che avrebbe consentito alla ricorrente principale di aggiudicarsi il lotto 1.

1.12. Compiutamente dispiegatesi le difese delle parti costituite – con cui si deduceva, tra l’altro, la irricevibilità per tardività del ricorso incidentale di GSA, nonché la inammissibilità dei motivi aggiunti, in quanto parzialmente afferenti al solo lotto 1 e non anche al lotto 3, in dispregio dell’art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a. - e illustrate le rispettive posizioni con memorie e atti di replica, la causa veniva introitata per la decisione all’esito della discussione tenutasi nella pubblica udienza del 12 febbraio 2020.

DIRITTO

2. Lo scrutinio del ricorso principale e di quello incidentale conduce alla caducazione degli atti impugnati e alla necessità di una riedizione della procedura concorsuale *de qua agitur*.

2.1. In particolare, assorbita ogni altra doglianza ed eccezione:

- il ricorso incidentale, che va esaminato per primo anche perché implicante una potenziale ragione di inammissibilità del ricorso principale, è fondato in relazione al secondo mezzo;
- il ricorso principale va parimenti accolto in relazione al secondo motivo, veicolato con l'atto introduttivo.

2.2. Vanno, in limine, richiamate le prescrizioni della *lex specialis* e, in particolare, l'art. 11 del disciplinare, a tenore del quale:

- *“Il sopralluogo presso le Basi HEMS di ciascuno dei tre lotti è obbligatorio, tenuto conto che è necessario che le offerte vengano formulate, ai sensi dell’art. 79, comma 2 del Codice, soltanto a seguito di una visita dei luoghi. La mancata effettuazione del sopralluogo è causa di esclusione dalla procedura di gara. Il sopralluogo può essere effettuato nei soli giorni: - Lotto 1: Base HEMS di Como: 7 gennaio 2019 h 13:30 – indirizzo: Villaguardia (CO) via Firenze 118 (...) - Lotto 3: Base HEMS di Sondrio: 7 gennaio 2019 h 10:30 – indirizzo: Caiolo (SO) via Palù”;*

- *“La stazione appaltante rilascia attestazione di avvenuto sopralluogo”.*

2.3. Siccome già adombrato in sede cautelare, la regola foggata nel disciplinare:

- si iscrive nell'alveo dell'art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale *“Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte”* (CdS, V, 1037/18);

- è preordinata a consentire ai partecipanti una formulazione della offerta -e, dunque, della propria volontà di partecipazione e di determinazione del *quid, quomodo* e *quantum* del rapporto contrattuale- *plena cognitio*, in guisa maggiormente aderente alle peculiarità del servizio da rendere e, dunque, agli effettivi bisogni ed interessi della Amministrazione committente;

- è connotata da un tenore letterale *chiaro ed inequivocabile*, ed assume una valenza omincomprensiva, rivolgendosi a *tutti* gli aspiranti concorrenti, senza prevedere qualsivoglia ipotesi eccezionale;

- è costitutiva di un onere *per certo esigibile e agevolmente espletabile* dalla impresa che intenda aderire alla gara, *a fortiori* per la imprese, come quella ricorrente, che già gestiva da tempo il servizio nei luoghi da visitare;

- è strutturata in modo tale da implicare la *necessaria contestualità* del sopralluogo, in guisa da consentire a tutti i potenziali partecipanti alla procedura di conoscere quanto meno *in abstracto* la platea dei possibili soggetti competitori (fermo restando la possibilità, per la impresa partecipante al sopralluogo, di successivamente deflettere dall'intendimento di aderire alla gara);
- integra il classico paradigma della *lex perfecta, quae vetat aliquid et, si factum sit, rescindit*, contemplando per la sua inosservanza la espressa *sanctio iuris* della “*esclusione dalla procedura di gara*”, *recte* la *incapacità giuridica* dell'operatore economico a partecipare alla gara; il sopralluogo, invero, costituisce adempimento, cronologicamente antecedente alla partecipazione alla gara e logicamente e funzionalmente prodromico giustappunto a consentire all'aspirante partecipante di consapevolmente manifestare la propria *voluntas* negoziale, volta dapprima (*an*) alla adesione alla gara, di poi, alla concreta modulazione della offerta tecnica ed economica (*quomodo* e *quantum*);
- ha governato la procedura concorsuale *ab initio*, non essendo mai stata espunta con valenza *erga omnes* dalla cornice prescrittiva formante la *lex specialis* di gara.

3. Fatte queste doverose premesse, in punto di ricostruzione dell'ordito regolatorio che quivi viene in rilievo, conviene, come sopra accennato, che lo scrutinio della controversia si diparta dalla disamina del ricorso incidentale proposto da GSA.

3.1. Tale gravame, invero, con i primi due motivi sollecita il giudiziale vaglio della illegittimità – *sub specie* di nullità (I mezzo) ovvero annullabilità (II motivo)- della stessa previsione di gara che ne occupa, ovvero della interpretazione che ne è stata fornita dalla stazione appaltante. L'accoglimento di tale doglianze, indi, nella stessa prospettazione della ricorrente incidentale, assumerebbe carattere dirimente, privando di interesse e di ammissibilità quanto meno *le prime due censure* sollevate dalla ricorrente principale, che sulla previsione dell'art. 11 del disciplinare in sostanza si fondano.

3.2. Va, *in primis*, respinto il primo mezzo del ricorso incidentale, volto alla emersione della “nullità” della clausola che ne occupa.

3.2.1. E, invero, siccome in parte già *supra* accennato e come si avrà modo di illustrare *amplius infra*, l'obbligo di sopralluogo:

- integra un adempimento *non già* di natura *meramente formale*;
- assume, di contro, *valenza sostanziale*, essendo teleologicamente e funzionalmente preordinato a garantire la “*massima acquisizione*” di tutti gli elementi informativi rilevanti al fine della formulazione di una offerta consapevole, e quanto più possibile *pertinente* all'oggetto dell'appalto e *rispondente* alle esigenze che esso appalto è destinato a soddisfare; trattasi, indi, di obbligo “*strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e*

conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (CdS, VI, 23 giugno 2016, n. 2800; CdS, IV, 19 ottobre 2015, n. 4778)” (CdS, V, 29 maggio 2019, n. 3581);

- è posto a presidio, indi: *i)* da un canto, dell’interesse *privatistico* degli operatori economici a partecipare alla gara in condizione di sostanziale parità informativa; *ii)* dall’altro, dell’interesse *pubblico* di cui è titolare la Amministrazione aggiudicatrice, di poter qualitativamente selezionare la platea dei partecipanti, in guisa poscia da attingere ad offerte consapevolmente formulate e, indi, tendenzialmente aderenti ai propri *desiderata* e idonee ad una efficace soddisfazione delle esigenze e dei bisogni cui l’espletamento della commessa è funzionale; e ciò anche al fine di ridurre al minimo, già *ex ante*, possibili effetti perniciosi, *ex post*, in sede di esecuzione del contratto.

3.2.2. E’ stato così ritenuto (CdS, V, 19 febbraio 2018, n. 1037) non censurabile l’operato della stazione appaltante che aveva disposto l’esclusione dalla gara (bandita *sub Iulio*, vigente il d.lgs. 163/06) per non essere stato il sopralluogo effettuato da tutte le imprese di un raggruppamento, e ciò in applicazione di una clausola espressamente contenuta nel bando, in quanto:

- costitutiva di “*un adempimento che costituiva un elemento essenziale per la serietà e adeguatezza dell’offerta (in applicazione del principio di autoresponsabilità) e non una mera incompletezza o irregolarità documentale*”;

- reputata legittima anche per quanto attiene alla *valenza “espulsiva”* ivi espressamente contemplata per la sua inosservanza (essendo la stessa *lex specialis* a richiedere alle concorrenti “*pena la non ammissione alla gara*” di effettuare “*preliminarmente...la presa visione degli elaborati progettuali a base di gara di appalto*” ed eseguire apposito sopralluogo assistito in prossimità dei siti oggetto dell’intervento);

- non contrastante, indi, con il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle gare (oltre che di parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell’azione amministrativa) in quanto funzionale, altresì, a mettere la stazione appaltante al riparo da contestazioni postume e a garantire anche il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara.

3.2.3. Orbene, predicare la esistenza del potere già *in abstracto* per la stazione appaltante di introdurre una siffatta clausola a pena di esclusione, al lume degli artt. 83, comma 8, e 79, comma 2, d.lgs. 50/2016, impone in guisa irrefragabile la riconducibilità dei vizi che l’esercizio di tale potere affliggono:

- nel novero di quelli afferenti alla *ordinaria patologia* dell'atto amministrativo, determinanti la sua annullabilità;

- non già in quello, *ristretto ed eccezionale*, determinante la nullità dell'atto ex artt. 83, comma 8, d.lgs. 50/16 e 21-septies l. 241/90, presupponente il difetto assoluto di attribuzione e, dunque, la *inesistenza* già *in nuce* della *potestas* di divisamento in capo alla Amministrazione aggiudicatrice.

3.3. Fondato, oltre che ricevibile, si appalesa invece il secondo mezzo.

Non accoglibile, anzitutto, si appalesa la eccezione di intempestività del gravame incidentale, basata sull'asserito carattere escludente delle impugnate previsioni della *lex specialis*, foriere pertanto di un onere di immediata impugnazione in capo a GSA.

3.3.1. Costituisce dato inveterato del diritto vivente, a far data da CdS a.p. 1/2003 e siccome ancora da ultimo reiterato dalla medesima Adunanza Plenaria (26 aprile 2018, n. 4), quello in forza del quale l'onere di immediata impugnazione delle disposizioni della *lex specialis* è limitato a quelle che rivestono carattere escludente, per tali dovendo intendersi:

- le previsioni che, afferendo ai requisiti soggettivi di partecipazione, escludono già *in nuce* la possibilità dell'operatore di partecipare alla procedura, rendendone *certa* la esclusione, e dunque *inutile* la stessa partecipazione; di qui la possibilità di procedere alla impugnazione anche in assenza di partecipazione alla gara, che si ridurrebbe in realtà ad un *mero simulacro*;

- altre clausole che –benchè non *stricto sensu* ostative “*a latere soggettivo*”- valgano in ogni caso a precludere, *a latere oggettivo*, ogni utile partecipazione alla gara.

3.3.2. In tale ultimo *genus*, la elaborazione euristica della giurisprudenza ha individuato le seguenti *species*:

- clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili, ovvero del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura;

- 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 (CdS, V, 24 febbraio 2003, n. 980);

- condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, come avviene nella ipotesi di importo a base d'asta incongruo o insufficiente;

- bandi contenenti insuperabili carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate.

3.3.3. Trattasi, in sostanza di previsioni che:

- comprimono *illico et immediate* la sfera giuridica del potenziale partecipante alla gara, in quanto gli impediscono, *de iure aut de facto*, di partecipare e, indi, di pienamente dispiegare le proprie legittime facoltà pretensive nella procedura volta alla aggiudicazione della commessa pubblica;
- ledono, in tal guisa, in modo diretto ed immediato il bene della vita costituito dalla *chance* di aggiudicazione dell'appalto;
- valgono, indi, a determinare la insorgenza in capo all'impresa - già titolare di un interesse differenziato e qualificato in quanto operante nel settore oggetto della procedura - anche dell'interesse a ricorrere;
- presuppongono ontologicamente la insorgenza di un onere di immediata impugnazione, al di là ed a prescindere dall'*iter* procedurale della gara, giacchè è proprio la disciplina che conforma tale *iter* a costituire la fonte della asserita lesione, in quanto ostativa ad una utile partecipazione (TAR Lombardia, I, 24 marzo 2020, n. 545).

3.3.4. E' proprio il carattere *eccezionale* e straordinario di tale potere-dovere di immediata impugnazione, con la correlata legittimazione da riconoscersi anche in capo all'operatore "*non partecipante*", ad imporre un approccio metodologico ed ermeneutico assai *rigoroso*, teso a *circoscrivere* –piuttosto che ad ampliare- il ventaglio delle clausole cd. "escludenti" (in questo solco, peraltro, si collocano inequivocabilmente le statuizioni di CdS a.p., 4/18).

3.3.5. E, invero, il principio generale è quello per cui le regole del giuoco, in quanto non determinanti una immediata lesione della sfera giuridica perché preclusive *ab imis* della possibilità di partecipare e, quindi immediatamente frustranti la *chance*, intesa quale autonomo bene della vita, di ottenere la commessa:

- assumono attitudine lesiva per l'interessato (che abbia, perciò partecipato alla gara) solo allorquando è definitivamente sfumata la *spes* di conseguimento del bene della vita agognato, in tal guisa rimanendo insoddisfatto l'interesse finale di cui è titolare;
- vanno impugate *contestualmente* agli atti di approvazione della graduatoria definitiva e di aggiudicazione della commessa ad "altri", unitamente cioè agli atti che definiscono la procedura concorsuale e, dunque, identificano il soggetto destinatario della *attribuzione patrimoniale* e, per converso, il soggetto leso (o i soggetti lesi), rendendo attuale e concreto il nocumento alla sfera soggettiva del partecipante collocatosi in posizione deteriore (CdS, V, 27 ottobre 2014, n. 5282).

3.3.6. E ciò in conformità dei principi generali in tema di interesse a ricorrere, *id est* di *legitimitatio ad processum* –la cui *ratio*, comune a quella dell'altra condizione dell'azione costituita dalla legittimazione ad agire (*legitimitatio ad causam*), è funzionale ad evitare il compimento di attività inutili e sprechi della risorsa giustizia, in ossequio ad un interesse di ordine pubblico processuale

“metaindividuale” volto a garantire efficienza ed efficacia al processo in conformità degli artt. 111 Cost., 6 e 13 CEDU, 47 Carta UE- inteso come concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza di una lesione diretta ed attuale dell’interesse protetto, a norma dell’art. 100 c.p.c. (CdS, VI, 1156/16; TAR Lombardia, I, 2 aprile 2019, n. 731).

3.3.7. Orbene, alla luce di quanto sopra esposto, va negata la natura *escludente* della contestata previsione di gara, comechè:

- pacificamente *non afferente ai requisiti soggettivi* dei partecipanti e non inverte clausole impediendoti o ostantive *de iure* alla partecipazione;
- del pari *non impositiva* di oneri manifestamente incomprensibili, ovvero del tutto *sproporzionati*, tali da impedire *de facto* la partecipazione della impresa, secondo un metro di giudizio improntato all’*id quod plerumque accidit* e al contegno ordinariamente esigibile da un operatore professionale, il cui *agere* è improntato a canoni di economicità e di diligenza, e tenendo conto, altresì, dello “*specifico punto di vista dell’impresa e della sua specifica organizzazione*” (CdS, V, 27 novembre 2019, n. 8087; CdS, III, 21 febbraio 2019, n. 513);
- costituiva, di contro, di un *onere assai agevolmente assolvibile* proprio dall’operatore che, nella *qualitas* di gestore “uscente”, i luoghi *de quibus* è giocosforza avvezzo a frequentare.

3.3.8. Tuttavia, a ben vedere, la previsione *de qua* – benchè *ex se* ed *in abstracto non lesiva e non escludente* nella accezione generale che ne viene fornita in giurisprudenza- ha *in concreto* assunto una *attitudine lesiva immediata* per effetto del contegno della ricorrente incidentale, che *volontariamente* ha reputato di disattendere la prescrizione di gara, non presenziando al sopralluogo fissato alla medesima ora del medesimo giorno *per tutti* gli aspiranti partecipanti.

3.3.9. In tal guisa, la ricorrente incidentale ha *sua sponte* assunto il “rischio” di vedersi preclusa la partecipazione alla gara: in questa ottica, indi, dopo il 7 gennaio 2019 (data del sopralluogo *disertato* da GSA sia per il lotto 1 che per il lotto 3) la previsione *de qua* ha effettivamente assunto carattere (potenzialmente) *escludente* per la ricorrente incidentale, autonomamente sottrattasi all’adempimento *de quo agitur*.

3.3.10. E, tuttavia, tale *attitudine immediatamente lesiva* della clausola è stata:

- dapprincipio, *non percepibile* dall’interessato, per effetto del comportamento *affidante* posto in essere dall’Amministrazione; e, invero, a fronte della istanza del 24 gennaio 2020 con cui GSA, ritenendo e rimarcando di non essere tenuta al sopralluogo in ossequio ai dettami di cui alla pronunzia del CdS 4597/18, si rendeva in ogni caso disponibile a provvedervi (seppure in data ormai diversa da quella fissata nel disciplinare) entro il termine fissato per la formulazione

dell'offerta (31 gennaio 2019), la Amministrazione –tacitamente negando la possibilità di tale “tardivo” sopralluogo- espressamente affermava che “*nel caso in cui codesta Società dovesse decidere di partecipare alla procedura, l’Azienda terrà in opportuno conto della sentenza del CdS n. 4597 del 26.7.2018 sezione VI*”; di qui il *ragionevole affidamento* ingenerato nella ricorrente incidentale, che già confidava nella autorità delle statuizioni contenute nella più volte citata sentenza del Consiglio di Stato, dalla *condotta positiva* della stazione appaltante, *id est* del soggetto da cui in definitiva promanava la regola oggetto di “esegesi” e che quella regola era chiamata ad applicare, ovvero a *non* applicare;

- di poi, ed in ogni caso, definitivamente *neutralizzata* dalla stessa Amministrazione che, a scioglimento della riserva inizialmente apposta all’inizio delle operazioni di gara, con la deliberazione n. 221/19 dichiarava ammissibile la partecipazione di GSA alla gara –ad onta del mancato sopralluogo, ed interpretando quindi la disposizione del disciplinare in guisa tutt’affatto aderente a quanto prospettato da essa GSA- provvedendo ad aggiudicarle i lotti 1 e 3.

3.3.11. Di qui la inesistenza di qualsivoglia onere di immediata impugnazione di una previsione la cui idoneità lesiva, già *ex di non immediata e sicura percepibilità* anche a cagione della condotta “affidante” della Amministrazione, è poi stata del tutto *esclusa ex post*, avendo la ricorrente incidentale pienamente conseguito il bene della vita cui aspirava, con l’aggiudicazione della commessa.

3.3.12. E’ solo con la proposizione del ricorso principale, con il “pericolo” dell’annullamento del provvedimento che tale bene della vita assegnava, che sorge l’interesse di GSA a censurare la previsione di gara, con un gravame:

- il cui interesse “*sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale*” e, indi, tempestivamente proposto nel termine di trenta giorni “*decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale*” a’ sensi degli artt. 120, comma 5, e 42 c.p.a.;

- il cui accoglimento potrebbe –*in limine*- determinare l’assorbimento ovvero la improcedibilità dei primi due mezzi del gravame principale;

- che, dunque, conviene esaminare in principalità, anche perché involgente la *quaestio* generale della legittimità della previsione di gara che ne occupa.

3.4. Il ricorso incidentale, oltre che ricevibile, è altresì fondato in relazione al secondo mezzo, che assume, all’evidenza, carattere assorbente.

3.5. E, invero, va anzitutto ribadito che l’obbligo di espletamento del sopralluogo è teleologicamente e funzionalmente preordinato:

- *a latere privatistico*, a consentire agli aspiranti concorrenti di decidere *plena causae cognitio* se e come partecipare alla gara, ed in qual guisa concretamente calibrare e modulare la propria offerta al fine di raggiungere l'agognato risultato finale della vittoria nella instauranda procedura concorsuale;

- *a latere pubblicistico*, a favorire la composizione di un ventaglio di offerte economiche e tecniche, ad opera di una platea di avvertiti operatori professionali, di più elevato livello qualitativo e maggiormente aderenti alle concrete esigenze da soddisfare –oltre che più realistiche ed attendibili da un punto di vista economico- in guisa da soddisfare l'interesse metaindividuale di cui è istituzionalmente portatrice l'Amministrazione aggiudicatrice.

3.5.1. Così che, in uno con le risultanze della elaborazione giurisprudenziale euristicamente intervenuta sul punto, va rimarcato che:

- *“l'obbligo di sopralluogo ha un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto” consentendo ai potenziali partecipanti di addivenire “a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi” al fine della “miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica (CdS, V, 19 febbraio 2018 n. 1037)”;*

- *“tale verifica può, dunque, dirsi funzionale anche alla redazione dell'offerta, onde incombe sull'impresa l'onere di effettuare tale sopralluogo con la dovuta diligenza, in modo da poter modulare la propria offerta sulle concrete caratteristiche dei locali” (CdS, VI, 23 giugno 2016 n. 2800; CdS, V, 29 maggio 2019, n. 3581; CdS, IV, 19 ottobre 2015, n. 4778).*

- proprio in relazione alla ridetta funzione assolta dal sopralluogo, in ossequio al canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme e del “raggiungimento dello scopo”, può reputarsi assimilabile la partecipazione alla gara anche da parte dell'operatore economico che –nella sua specifica *qualitas* di gestore uscente del servizio, che “*per la sua stessa peculiare condizione si trova già nelle condizioni soggettive ideali per conoscere in modo pieno le caratteristiche dei luoghi in cui svolgere la prestazione oggetto della procedura di gara*” (CdS, V, 1497/18)- possa considerarsi avere assolto *aliunde* un tale adempimento.

3.5.2. Di talchè:

- *se* la ratio della cennata previsione di gara, nel prisma dell'art. 79, comma 2, d.lgs. 50/16 e alla luce delle considerazioni innanzi esposte, è da rinvenire nella esigenza di garantire nell'interesse dei partecipanti oltre che della stessa Amministrazione, che la platea dei concorrenti sia ristretta soltanto a coloro che abbiano una puntuale conoscenza dello stato dei luoghi;

- allora nulla osta alla partecipazione del soggetto che, gestendo da lungo tempo il servizio nei luoghi da visitare –a prescindere dall’assolvimento formale dell’obbligo del sopralluogo- sia in grado di dimostrare, *recte vanti ex se* e proprio in forza della *qualitas* di gestore uscente, il possesso di tale puntuale conoscenza e, dunque, garantendo il soddisfacimento sostanziale degli interessi a cui presidio la regola di gara è foggata.

3.5.3. Né può condividersi la tesi di Elisicilia per cui nel caso di specie la estensione del sopralluogo anche al gestore uscente troverebbe la sua giustificazione nella parziale diversità del servizio oggetto della procedura, rispetto a quello gestito in precedenza da GSA, comechè esteso alle ore notturne, oltre che connotato dall’uso del mezzo antincendio, avuto riguardo:

- al fatto che il sopralluogo *de quo* era stato comunque fissato in *ore diurne*;
- alla sostanziale simiglianza del servizio e alla incontestabile immutazione dello stato dei luoghi, indiscutibilmente conosciuti da chi quel servizio ha gestito negli anni passati.

3.5.4. Di qui la illegittimità *in parte qua* della previsione di cui all’art. 11 del disciplinare che –nella sua inequivoca ed irrefragabile formulazione testuale- non esonera dal suo spettro applicativo anche la posizione della ricorrente incidentale.

4. Nondimeno, l’accoglimento del secondo mezzo del ricorso incidentale:

- determina la improcedibilità del *solo primo mezzo del ricorso principale*, essendo venuto meno l’infettibile sostrato su cui si fonda, costituito dalla previsione di cui all’art. 11 del disciplinare nella sua inequivoca ed “omnicomprensiva” formulazione; infondate, peraltro, si appalesano in ogni caso anche le deduzioni, pure contenute nel primo motivo del gravame principale, relative ad una asserita valenza fuorviante o mendace di GSA *ex art. 80, comma 5, lett. f-bis, d.lgs. 50/16*, atteso che –in disparte la natura equivoca della dichiarazione resa al punto 18 della domanda di partecipazione- chiara è stata dappprincipio la volontà di essa GSA di *volontariamente sottrarsi* al sopralluogo, siccome manifestata alla stazione appaltante già in data antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione (cfr., il carteggio intrattenuto in data 24-29 gennaio 2019 e la “ammissione con riserva” che ne è poi discesa già al momento della prima seduta pubblica del seggio di gara in data 7 febbraio 2019).

- non priva Elisicilia, tuttavia, dell’interesse alla coltivazione del secondo mezzo del ricorso introduttivo con il quale –anche a voler obnubilare ogni considerazione sulla legittimità della imposizione dell’obbligo anche al gestore uscente- si lamenta in sostanza la violazione della *par condicio* tra i partecipanti, avendo la Amministrazione provveduto a disattendere *ex post* –e non ad espungerlo *ex ante*, rendendolo preventivamente noto ai potenziali partecipanti- l’art. 11 del disciplinare, esonerando *in concreto* dall’obbligo ivi testualmente foggato uno dei concorrenti.

4.1. E, invero, la giudiziale rimozione della “causa ostativa” alla partecipazione alla gara di GSA – con la sostanziale rimodulazione dell’art. 11 del disciplinare, a cagione della sua illegittimità nella parte in cui estendeva l’obbligo di sopralluogo, a pena di esclusione, anche al gestore uscente- non vale *ex se* a dimostrare la legittimità dell’operato della stazione appaltante che, in dispregio dei principi di *non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza*, ha provveduto sostanzialmente a *disapplicare* una regola della procedura, *in allora* perfettamente valida ed efficace, da essa Amministrazione peraltro foggata.

4.2. Nella fattispecie, invero, si fronteggiano due *diversi interessi*, entrambi meritevoli di tutela:

- da un canto, l’interesse alla *legittimità* in sé delle regole di gara, in conformità delle norme di cui al d.lgs. 50/2016 e dei principi generali informanti la materia dei pubblici appalti; tale interesse: *i*) è stato *sostanzialmente salvaguardato* dalla stazione appaltante, pel tramite della *non applicazione* nel caso concreto e nei confronti di un singolo concorrente (*inter partes*) di una clausola del disciplinare, non legittima *in parte qua* e impositiva di un obbligo “non proporzionato”; *ii*) ha sorretto la domanda incidentale di annullamento (*erga omnes*) di detta previsione;

- dall’altro, l’interesse di tutti gli altri concorrenti, o aspiranti tali, alla *certezza, prevedibilità e calcolabilità* del quadro prescrittivo e delle regole che governano la procedura concorsuale, in guisa da garantire la *trasparenza e la parità delle armi* tra i contendenti; tale interesse, di contro, risulta essere stato irrimediabilmente leso dall’*agere* della stazione appaltante che, in luogo di una riscrittura *ex ante* degli atti di gara con valenza *erga omnes* in guisa da renderne preventivamente edotti tutti i partecipanti, ha provveduto a disapplicare *inter partes*, nei confronti cioè di un singolo partecipante, una previsione di gara sulla cui vigenza ed efficacia gli altri concorrenti avevano riposto un *ragionevole ed incolpevole* affidamento.

4.3. All’uopo, non possono non assumere rilievo le circostanze in appresso (TAR Lombardia, I, 15 novembre 2019, n. 2421):

– i reciproci obblighi di *buona fede, correttezza e solidarietà* (artt. 2 e 97 Cost., art. 1175 c.c.) connotanti il rapporto tra consociati dal momento del loro primo contatto sociale qualificato (Cass., I, 12 luglio 2016, n. 14188; TAR Lombardia, I, 6 novembre 2018, n. 2501; Id.,id., 1637/18; ancora da ultimo, TAR Lombardia, I, 17 marzo 2020, n. 515), all’istesso modo ed *a fortiori* caratterizzano il rapporto tra la stazione appaltante e gli aspiranti aggiudicatari, sin dal momento della emanazione del bando (e degli atti ad essa prodromici) e della presentazione della domanda;

- la *tutela dell’affidamento* legittimo, su cui fonda il diritto dell’Unione, parimenti deve improntare l’azione amministrativa (art. 1, l. 241/90; cfr., nella giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo,

CGUE 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; da ultimo, sulla valenza di regola generale, fondante il diritto dell'Unione, da attribuire al principio della tutela dell'affidamento, CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet; cfr., CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle) *in vista* –con la predisposizione della legge di gara- e *nel corso* della procedura di evidenza pubblica;

– il principio della *parità di trattamento*, in virtù del quale gli operatori partecipanti (o che intendono partecipare) ad una pubblica gara devono disporre delle stesse opportunità ed essere messi nelle condizioni di conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che *gli stessi requisiti valgono per tutti* (CGUE, IV, 14 dicembre 2016, causa C-171-15);

- il principio della *parità delle armi* tra gli operatori, che concorrono o che aspirano a concorrere, impone la *preventiva e piena disponibilità* di tutte le informazioni all'uopo rilevanti, sì che le imprese interessate “*dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte*” e implica quindi che tali offerte siano soggette “*alle medesime condizioni per tutti gli offerenti*”;

– il principio di *trasparenza*, che implica che “*tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo*” (CGUE, 14 dicembre 2016, cit.), sì da eliminare *in nuce* “*i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice*” (CGUE, 2 maggio 2019, causa C-309/18);

– l'inveterato insegnamento dei Giudici di Lussemburgo, a mente del quale “*il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente*” (CGUE, 2 maggio 2019, cit.);

- il dovere di correttezza, a *fortiori* gravante in capo alla Amministrazione comechè riveniente dal suo *status* di soggetto “*professionalmente qualificato*” (art. 97 Cost.), è strumentale alla “*tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali*” (CdS, a.p., 5/18);

- il bando di gara, e il disciplinare, costituiscono atti attraverso cui si snoda e si dispiega la *voluntas* negoziale della Amministrazione (offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.*) di guisa che le

previsioni in esso contenute ben valgono ad assumere una valenza *negoziale generale*, direttamente incidenti sulla stessa autonomia privata dei partecipanti, comechè preordinate a consentire loro una formulazione della offerta -e, dunque, della propria volontà di partecipazione e di determinazione del *quid, quomodo e quantum* del rapporto contrattuale- *plena cognitio*.

4.4. Nella fattispecie che ne occupa, la regola oggetto di disapplicazione ad opera della stazione appaltante:

- *ex ante ed in abstracto*, imponeva la effettuazione del sopralluogo a *tutte le imprese* che aspiravano a partecipare alla gara, nel *medesimo giorno e alla stessa ora*; nulla, invero, autorizzava ad escludere dallo spettro applicativo dell'art. 11 del disciplinare –nella sua omnicomprensiva formulazione- una determinata *species* di concorrenti, nella fattispecie costituita dal gestore uscente del servizio;

- era, indi, *inequivoca* nel riferire il ridetto obbligo di sopralluogo a *tutti* gli aspiranti partecipanti; questa è la sola significanza che ragionevolmente poteva esserle attribuita avuto riguardo al dato letterale, in disparte ogni valutazione sulla sua legittimità (alla luce del recente orientamento giurisprudenziale invocato da GSA, siccome condiviso da questo TAR e conducente all'accoglimento del secondo motivo del ricorso incidentale);

- *ex post ed in concreto, id est* dopo l'espletamento del sopralluogo avvenuto in data 7 gennaio 2019, ha ingenerato in capo alla ricorrente principale il ragionevole convincimento sul fatto che GSA, *id est* il “*principale competitor*” di Elisicilia, “*non avrebbe partecipato alla gara*”.

4.4.1. Il silenzio serbato sul punto dalla stazione appaltante, con la mancata rimozione di tale regola e, dunque, la sua perdurante esistenza ed efficacia ha, secondo le plausibili allegazioni di Elisicilia:

- contribuito ad orientare l'*agere* della ricorrente principale, inducendola ad adottare una determinata “*strategia di gara che facesse affidamento sulla mancata partecipazione di G.S.A. (stante l'obbligo di sopralluogo a pena di esclusione)*” (pag. 13, ricorso principale);

- specularmente e verosimilmente consentito, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a GSA di poter contare su una sorta di “effetto sorpresa”, adottando “*una strategia di aggressione sull'elemento prezzo, cosa che non ha fatto Elisicilia*”.

4.4.2. Significative, sul punto, si appalesano le differenze tra i punteggi riportati tra le due contendenti, invariabilmente in favore di GSA, proprio in relazione all'offerta economica relativamente ai lotti 1 e 3.

4.5. E' innegabile, in ogni caso, che la *disapplicazione* della clausola del disciplinare *de qua agitur* ha determinato una *disparità di trattamento* tra i concorrenti, che ha in concreto:

- assunto idoneità ad incidere sulla formazione della volontà negoziale di ambedue;

- *alterato* il libero svolgimento della procedura concorsuale; libero svolgimento che presuppone l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, intesa anche quale *previa conoscibilità* delle regole del gioco ed affidamento sulla loro *stabilità*; all'uopo, si richiede, invero, “*che le amministrazioni aggiudicatrici indichino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione*” (considerando 45, direttiva 2014/24/UE; cfr. altresì, art. 18).

4.6. Orbene, a fronte di tale *sostanziale modificazione in itinere* delle regole del gioco, non conducenti appaiono i rilievi della stazione appaltante e della ricorrente incidentale, volti in ogni caso a giustificare la sostanziale *inesigibilità* ovvero *inapplicabilità* dell'obbligo di sopralluogo per il gestore uscente:

- che dei luoghi avrebbe già perfetta conoscenza, in ossequio alle statuizioni dei CdS 4597/18;
- che avrebbe altresì nutrito il legittimo affidamento sulla insussistenza nei suoi confronti di tale onere, a cagione del contegno tenuto dalla stazione appaltante già nella fase antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle domande.

4.6.1. Ciò che quivi viene in rilievo, invero, è non già e non tanto la “sostanziale correttezza” della soluzione in concreto adottata dalla stazione appaltante nel rapporto “*atomistico*” con GSA (sostanziale correttezza che si giustifica in ragione della illegittimità, *in parte qua*, della previsione di cui all'art. 11, siccome acclarata in sede di scrutinio del ricorso incidentale) bensì la ben diversa *quaestio*, più pregnante perché afferente alla *procedura nel suo complesso*, afferente al legittimo affidamento ingenerato negli altri concorrenti dalla perdurante efficacia del ridetto art. 11, inserito negli atti di gara e non mai rimosso dall'Amministrazione.

4.6.2. Di talchè, con la ammissione di GSA alla gara:

- le regole di gara sono state sostanzialmente *disapplicate o non applicate* dalla stessa Amministrazione che le aveva forgiate e poste a fondamento della procedura concorsuale, in violazione dei principi generali che governano la materia, e segnatamente di quelli volti a garantire la *par condicio* tra i concorrenti e la trasparenza, immancabilmente e *naturaliter* presidiate dalla immodificabilità “*in itinere*” delle prescrizioni della *lex specialis*;
- è stato altresì violato il ragionevole e legittimo affidamento degli altri concorrenti, circa la effettiva latitudine delle regole concorsuali e la loro stabilità, in guisa suscettibile di incidere sulla libera esplicazione della autonomia contrattuale in sede di concreta formulazione della offerta, alterando *ab imis* lo svolgimento della procedura;

- si sono minati i principi di *certezza e di prevedibilità* delle prescrizioni di gara, e la *calcolabilità* delle conseguenze giuridiche che ne discendono, che impongono la loro chiara e preventiva fissazione, la loro *conoscibilità* da parte di tutti destinatari, e la loro *stabilità* nel corso della procedura.

4.7. In tale ottica, costituisce *munus* irremissibilmente gravante in capo alla stazione appaltante quello di:

- *foggiare ex ante* un quadro precettivo *chiaro e stabile* idoneo a governare *de futuro* l'azione dei concorrenti, o aspiranti tali, orientandone la *voluntas* negoziale, sulla opportunità di partecipazione (*an*) e, di poi, in sede di formulazione della offerta (*quomodo e quantum*);

- garantire la *certezza dei referenti* normativi cui l'operatore può commisurare la legittimità, ovvero l'opportunità, economicità e/o convenienza delle proprie condotte, in modo da preservare i valori della stabilità e della *sicurezza* giuridica;

- incrementare in tal guisa la *fiducia* degli operatori economici - bene primario per il mercato e per la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, *id est* dei principi fondamentali del diritto dell'Unione che governano l'aggiudicazione degli appalti pubblici - per tramite della *prevedibilità e della calcolabilità* dell'impianto regolatorio e prescrittivo che ne informa l'*agere* nel corso della procedura concorsuale.

4.8. Orbene, è giustappunto la conoscibilità *ex ante* delle regole:

- a garantire le ineludibili esigenze di *certezza, prevedibilità e "calcolabilità"* delle conseguenze (effetti) connesse al compimento di determinate azioni e condotte (fatti);

- ad *orientare, indi, le scelte economiche* ed imprenditoriali, perseguendo altresì gli interessi metaindividuali presidiati dalla Autorità nella concreta modulazione della *lex specialis* di gara.

4.9. Sono tali principi ad essere stati infranti nella fattispecie dalla stazione appaltante che:

- sebbene avesse contezza, già prima della scadenza del termine di presentazione delle domande, della dubbia "legittimità" dell'art. 11 del disciplinare, tanto da fornire una espressa rassicurazione a GSA, "*nel caso in cui codesta società dovesse decidere di partecipare alla procedura*", del fatto che si sarebbe tenuto "*conto della sentenza del CdS n. 4597 del 26.7.2018*";

- tuttavia non procedeva a rendere noti a tutti i partecipanti tali dubbi, né tampoco ad espungere ovvero a modificare le prescrizioni della *lex specialis*, con una nuova pubblicazione degli atti al fine di chiarire nella *lex specialis, ex ante e erga omnes*, la nuova e rinnovata *voluntas* (rispetto a quella che emergeva dalla testuale *dictio* dell'art. 11 del disciplinare) volta ad esonerare dall'onere di sopralluogo il gestore uscente;

- ha, di contro, e siccome sopra già stigmatizzato, provveduto a disapplicare, ovvero a non applicare *ex post ed inter partes* (verso un singolo concorrente) una regola non mai rimossa, e dall'inequivoco tenore letterale.

4.10. Né può certo revocarsi in dubbio la natura incolpevole, perciò ragionevole e legittimo, dell'affidamento riposto dalla ricorrente principale sulla *chiarezza e sulla stabilità* della clausola del disciplinare *de qua*, e sulla sua indistinta applicabilità alla platea degli aspiranti, atteso:

- l'inequivoco tenore testuale della norma, e la natura non certo "macroscopica" del vizio che la affliggeva, stante anche la natura non consolidata o risalente dell'orientamento giurisprudenziale invocato da GSA, di poi "fatto proprio" dalla stazione appaltante;

- che, in ogni caso, nello svolgimento della propria azione autoritativa, è *in primis* la Amministrazione ad essere tenuta al puntuale rispetto delle norme che ne conformano e ne governano la azione, con la pregnante soglia di diligenza e di professionalità che per certo è esigibile proprio in capo a soggetti esplicanti *potestates* pubbliche, istituzionalmente preordinate al perseguimento di interessi metaindividuali di natura pubblica (CdS, a.p., 4 maggio 2018, n. 5; Cass., I, 12 luglio 2016, n. 14188; TAR Lombardia, I, 6 novembre 2018, n. 2501);

- che la situazione di *apparenza affidante*, creata dall'errore della Amministrazione nella formulazione della norma, non può che riverberarsi sulla sfera della stessa Amministrazione, che avrebbe dovuto pertanto procedere *motu proprio* alla modificazione "chiarificante" della legge di gara; e ciò in ossequio al principio per cui *qui in re illicita versatur, etiam tenetur pro casu*;

- lo status "*professionalmente qualificato*" che per definizione riveste il soggetto pubblico nei rapporti con i consociati, che vale a: *i*) gravare l'Autorità di pregnanti obblighi di diligenza, correttezza e *clare loqui* (TAR Lombardia, 15 novembre 2019, n. 2421; Id. id., 515/2020); *ii*) conformare l'esercizio del potere amministrativo in funzione della tutela dell'affidamento legittimamente riposto dal privato *in costanza di un rapporto* ovvero *a seguito di un contatto qualificato* con la P.A. (Tar Lombardia, I, 6 novembre 2018, n. 2501; Id., id., 1637/18, cit.).

4.11. Del resto, sotto altro profilo, l'ordinamento ben riconosce meritevole di tutela l'incolpevole affidamento riposto dal privato sull'*agere*, benchè illegittimo, dell'Amministrazione avuto riguardo, tra l'altro, alle indicazioni rivenienti dagli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies* l. 241/90 sui presupposti del potere di autotutela - che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale – nonché ai principi elaborati in tema di ristoro dei danni per affidamento incolpevole sull'atto amministrativo (Cass. SS.UU., 17586/15).

4.12. Di qui, ed in accoglimento del secondo mezzo del ricorso principale, l'annullamento degli atti impugnati e la correlata necessità di procedere alla rinnovazione della procedura, stante la portata generale del vizio riscontrato, idonea a travolgere *in toto* la gara, comechè irrimediabilmente alterata nel suo libero svolgimento.

5. A risultati non dissimili, sia detto *ad abundantiam*, si sarebbe giunti anche per altra via, avuto riguardo alla natura del vizio favorevolmente deliberato in sede di scrutinio del ricorso incidentale.

5.1. E, invero, la previsione del disciplinare, impugnata ed annullata con l'accoglimento del ricorso incidentale, imponendo a tutti i potenziali partecipanti di presentarsi –contestualmente e coevamente- nei medesimi luoghi, nel medesimo giorno e alla stessa ora, ha, come sopra diffusamente esposto:

- governato la procedura di gara *ab initio*, e non è mai stata espunta dalla *lex specialis*;
- regolato l'*agere* di tutti i potenziali partecipanti alla gara;
- ingenerato in capo ai partecipanti il ragionevole affidamento circa la cogenza di tale regola, inesorabilmente applicabile a tutti i concorrenti;
- incolpevolmente indotto i partecipanti al sopralluogo a confidare sulla “assenza” dalla competizione delle imprese che al sopralluogo non avevano partecipato;
- per certo inciso sulla libera esplicazione della autonomia negoziale della impresa (quale la ricorrente principale) che ha partecipato al sopralluogo, ha confidato sulla mancata partecipazione di GSA alla gara (non essendosi detta impresa presentata nel giorno e nell'ora stabilita) e ha dunque, di conseguenza, provveduto a calibrare la propria offerta economica anche tenendo conto di tale elemento.

5.2. La regola di gara caducata, indi, non dispiega i propri effetti solo nel rapporto “*atomistico*” tra stazione appaltante e GSA, avendo per contro e nel contempo, divisato anche l'*agere* degli altri partecipanti, nella fattispecie della altra impresa partecipante Elisicilia.

5.3. Di talchè, la *caducazione parziale* di tale regola ovvero, ciò che è lo stesso, la “riscrittura” di essa per effetto di tale pronunzia caducatoria, si riverbera *ipso iure*:

- sulla gara nel suo complesso, in quanto svoltasi sotto l'imperio di una prescrizione diversa;
- sulla condotta dell'altra concorrente, la cui offerta è stata consapevolmente formulata nella vigenza di tale diversa prescrizione, solo in questa sede giudiziale rimossa.

5.4. La natura *plurima* dei rapporti regolati dalla disposizione annullata –comechè incidente sulla condotta non solo di GSA, *in senso esonerativo*, ma anche in quello della ricorrente principale, indotta in *incolpevole errore* sul di per sé rilevante dato relativo alla composizione della platea dei

concorrenti- non può che, specularmente, condizionare la *effettiva latitudine dello spettro caducatorio* irradiato dalla certazione giudiziale della sua illegittimità.

5.5. Trattasi, in altre parole, di una ipotesi per certi versi affine a quella –*eccezionale*- di estensione del giudicato *ultra partes*, in deroga al principio generale di cui all’art. 2909 c.c., che si giustifica in ragione “*dell’inscindibilità degli effetti dell’atto o dell’inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l’indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l’esistenza di un legame altrettanto indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile – logicamente, ancor prima che giuridicamente- che l’atto annullato possa continuare ad esistere*” per soggetti diversi da quelli che lo hanno impugnato (CdS, a.p., 27 febbraio 2019, n. 4).

5.5.1. Nella fattispecie che ne occupa, la regola impugnata ha giustappunto *inscindibilmente* dispiegato i propri effetti nel corso della procedura e *per tutti* gli aspiranti partecipanti, che sulla efficacia di essa hanno ragionevolmente ed incolpevolmente confidato, in tal guisa orientando la propria condotta.

5.5.2. La portata generale del vizio lamentato, che ha determinato una giudiziale modificazione della regola di gara, e la sua idoneità a minare nel suo complesso la procedura, si impone in via preliminare ed assorbente non rilevando all’uopo la circostanza che un tale effetto, di *riedizione della gara*, sia stato prospettato solo in via subordinata dalla ricorrente incidentale, peraltro in relazione al terzo, diverso, motivo.

5.5.3. E invero, la facoltà di graduazione dei motivi e delle domande, quale espressione del generale principio dispositivo che informa il processo amministrativo (beninteso, nel perimetro delineato da CdS a.p. 5/15), non può estendersi anche alla effettiva portata e valenza invalidante dei vizi prospettati nel gravame, discendendo queste ultime *ex lege* dalla certazione del Giudice e, dunque, attenendo alla cd. *zona dell’effetto* della regola (giudiziale).

6. Le spese seguono la soccombenza nei due ricorsi per quanto attiene alla stazione appaltante, e sono liquidate in dispositivo, nel mentre possono essere compensate nei rapporti tra la ricorrente principale e quella incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, assorbito ogni altro mezzo ed eccezione:

- accoglie il ricorso incidentale in relazione al secondo motivo;
- accoglie il ricorso principale in relazione al secondo mezzo;

- per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti, con il correlato obbligo per la stazione appaltante di procedere alla riedizione della gara alla luce dei principi enunciati in parte motiva.
- condanna l'Azienda Regionale Emergenza Urgenza al pagamento delle spese di lite, che liquida complessivamente in € 8.000,00, oltre accessori come per legge, in favore di ciascuna delle società ricorrenti, oltre al rimborso del contributo unificato nella misura effettivamente versata da esse ricorrenti;
- compensa le spese di lite tra Elisicilia e GSA.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei signori magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore