

APPALTI: Gara - Appalti di servizi - Capacità professionale e tecnica - Requisiti - Individuazione - Ampia discrezionalità della P.A. appaltante - Sussiste - Requisito esperienziale - Prova e/o dimostrazione - Legittimità - Requisito posseduto per intero dall'impresa mandataria - Legittimità.

Tar Lazio - Roma, Sez. III, 23 maggio 2022, n. 6628

1. “[...] alle stazioni appaltanti è garantita un’ampia discrezionalità nell’individuazione dei requisiti di capacità professionale e tecnica (per quel che rileva ai fini del presente giudizio), ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate, risulti funzionale rispetto all’interesse pubblico perseguito e non sia sproporzionata, irragionevole o discriminatoria, ciò si riverbera anche sul tipo e sull’ampiezza del vaglio giurisdizionale. Invero, la giurisprudenza amministrativa, proprio con riguardo ai limiti del sindacato giurisdizionale sull’esercizio del predetto potere discrezionale, ha sancito che “le valutazioni tecniche della stazione appaltante sui requisiti di partecipazione, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti” [...], così come pure tale vaglio deve appuntarsi sulla non estraneità dei requisiti richiesti rispetto allo specifico oggetto dell’affidamento [...]”.

2. “[...] l’aver prescritto “copia conforme del contratto unitamente a copia conforme delle fatture relative al periodo richiesto” risulti coerente con la necessità di dimostrare il buon esito degli appalti precedentemente eseguiti e risulti ragionevole e adeguato rispetto alla prova della effettiva sussistenza della capacità richiesta ai fini della partecipazione alla gara. Invero, INVALSI si è limitata a chiedere copia del contratto e delle relative fatture, ossia documenti in possesso di qualsiasi operatore che abbia, in precedenza, svolto servizi simili a quelli oggetto dell’affidamento in esame [...]”.

3. “[...] Se è vero che l’art. 83, comma 8, c.c.p. richiede, per il caso di partecipazione in RTI, che “La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria” e che, di recente, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha stabilito che “L’articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di

tale appalto in misura maggioritaria” [...] nel caso di specie non ricorre il lamentato vizio di legittimità per violazione di legge. Infatti, INVALSI non ha imposto, in capo agli operatori economici che intendano partecipare in RTI, l’obbligo di possedere integralmente, per il tramite dell’impresa mandataria, tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione, bensì ha limitato tale obbligo al solo requisito di carattere esperienziale inerente alla capacità professionale e tecnica richiesta per l’esecuzione dell’appalto [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. L’Istituto Nazionale di Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e Formazione (di seguito, anche solo “INVALSI”), con bando pubblicato nella G.U.R.I., 5^a Serie Speciale – Contratti Pubblici, n. 54 del 12 maggio 2021, nonché nella G.U.U.E. n. S91 dell’11 maggio 2021, indicava una procedura aperta per la conclusione di un “Accordo Quadro”, con un solo operatore economico, ai sensi dell’art. 54, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avente ad oggetto il servizio di implementazione della piattaforma per la somministrazione “*computer based test*” di strumenti standardizzati INVALSI (questionari e prove) su larga scala in favore di tutte le scuole del territorio nazionale. Tale procedura di gara prevedeva un importo a base d’asta pari a Euro 12.000.000,00 (dodicimilioni/00) I.V.A. esclusa, una durata dell’Accordo Quadro pari a 48 mesi e quale criterio di aggiudicazione quello della offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Rileva segnalare sin da subito che l’oggetto della gara per cui è causa risultava coincidente con quello di una precedente procedura ad evidenza pubblica (indetta con bando pubblicato nella G.U.R.I. del 19 aprile 2017). Tuttavia, ai fini del presente giudizio, è d’uopo evidenziare che la gara indetta nel 2021 divergeva da quella bandita in precedenza sia con riguardo al requisito di capacità tecnica, sia con riferimento alle prescrizioni contenute nel Capitolato tecnico in ordine alla tipologia di piattaforma da impiegare per la somministrazione di questionari e prove.

1.2. INVALSI, in particolare, con riferimento alla procedura di gara indetta nel 2021 prevedeva a pena di esclusione il seguente requisito di partecipazione di ordine speciale “*aver effettivamente eseguito almeno due contratti, negli ultimi quattro anni, che per natura e complessità delle attività svolte siano simili all’oggetto della presente gara e, in ogni caso, comportanti la somministrazione di almeno 1.500.000 di prove nell’arco di tre mesi solari con una concorrenza (concurrency) effettiva di almeno 125.000 studenti*” (punto III.1.3) del bando di gara e art. 5.3.a) del disciplinare di gara – cfr. docc. 2 e 4 della produzione di parte ricorrente). Oltretutto, la stazione appaltante resistente, ai fini della prova di tale requisito, richiedeva di fornire “*copia conforme del contratto unitamente a copia conforme delle fatture relative al periodo richiesto*”.

1.3. INVALSI, sempre con riguardo alla gara indetta nel 2021, nell'ambito degli obiettivi indicati nel Capitolato tecnico individuava come necessaria la piattaforma TAO (cfr. art. 3 del capitolato tecnico – cfr. doc. 7 della produzione di parte ricorrente). Le ragioni poste dalla stazione appaltante a fondamento di tale scelta risultavano connesse al fatto che tale piattaforma fosse: “*a. distribuita con licenza GNU (General Public License) v2; b. conforme agli standard del settore come IMS, QTI, PCI, LTI, MathML e OpenID; c. possiede inoltre una libreria, disponibile pubblicamente, di open APIs REST-based che permette l’interoperabilità con sistemi e prodotti di terze parti; d. già utilizzata dall’INVALSI nel quadriennio 2017-21 permettendo l’acquisizione di un adeguato know-how; e. per la stessa INVALSI ha contribuito allo sviluppo di nuove funzionalità*” (cfr. art. 3 del capitolato tecnico).

1.4. In punto di fatto si evidenzia che nella gara indetta nel 2017 – alla quale TIM S.p.A. pure aveva partecipato in R.T.I. senza aggiudicarsela, salvo poi subentrare nell’Accordo Quadro e nei contratti consequenziali in seguito all’annullamento giudiziale dell’aggiudicazione disposta in favore di Open Assessment Technologies S.A., unico altro partecipante alla gara – oltre ad essere previsto un requisito di capacità tecnica circoscritto alla esecuzione di due incarichi aventi ad oggetto servizi analoghi a quelli messi a gara, nel Capitolato tecnico si specificava che i servizi da erogare inerivano a una piattaforma *open source*, ancorché in grado di supportare le fasi di *authoring*, *delivery*, anche in forma adattiva, e *scoring* connesse alla somministrazione delle prove (art. 3 del Capitolato tecnico della gara del 2017 – cfr. doc. 12 della produzione di parte ricorrente).

1.5. Vale, inoltre, evidenziare che in sede di subentro di TIM S.p.A. era stato convenuto con INVALSI un *Addendum* contrattuale (cfr. doc. 24 della produzione di INVALSI), il cui articolo 2, tra l’altro, autorizzava TIM S.p.A. “*ad adottare la soluzione tecnica open source TAO, e/o VIRTUALX, KALDIN, IMS-GLOBAL, etc., diversa da quella dallo stesso offerta in gara, ma più appropriata secondo le esigenze di Invalsi in modo che il Fornitore possa realizzare tutte le attività richieste da Invalsi, nel rispetto del relativo cronoprogramma e delle tempistiche previste nell’Accordo Quadro e nei singoli contratti attuativi dello stesso*”. Tale necessità era sorta, oltre che per esigenze di erogazione del servizio senza soluzione di continuità, anche in ragione del fatto che, come accertato in sede giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 965 dell’8 febbraio 2019), INVALSI aveva stipulato con Open Assessment Technologies S.A. sia l’Accordo Quadro, sia un contratto esecutivo, in violazione dello *stand still* processuale di cui all’art. 121, comma 1, lett. *d*), c.p.a. Vale, altresì, rilevare che Open Assessment Technologies S.A. è la società che ha creato e

sviluppato la piattaforma TAO, pubblicizzandola, promuovendola e costituendo per la stessa una rete di supporto e assistenza.

1.6. TIM S.p.A., con il ricorso introduttivo, impugnava gli atti in epigrafe contestandone, con due distinti mezzi di gravame, la legittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

1.7. Si costituiva in giudizio l'INVALSI eccependo l'inammissibilità del gravame per mancata partecipazione di TIM S.p.A. alla procedura di gara per cui è causa – sul presupposto che le clausole impugunate non possedessero alcuna efficacia immediatamente escludente e che, quindi, la società ricorrente avesse potuto partecipare alla gara, essendo in possesso di tutti i requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis* – nonché l'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo.

1.8. La Sezione, alla camera di consiglio del 7 luglio 2021, con ordinanza n. 3797 del 9 luglio 2021, respingeva l'istanza cautelare e fissava per la trattazione del merito del ricorso l'udienza pubblica del 3 novembre 2021.

1.9. In vista dell'udienza pubblica del 3 novembre 2021, la società ricorrente, in data 18 ottobre 2021, depositava una memoria con la quale chiariva alcuni punti di fatto relativi alla procedura di gara – e, in particolare, il fatto che alla stessa avesse partecipato solamente Open Assessment Technologies S.A. – altresì controdeducendo alle argomentazioni difensive di INVALSI. Anche la stazione appaltante resistente depositava, in data 25 ottobre 2021, una memoria di replica con la quale, sulla scorta del rilievo che TIM S.p.A. risultava essere il gestore uscente del servizio affidato con la procedura del 2017 ed erogato mediante la piattaforma TAO, replicava alle controdeduzioni della società ricorrente evidenziando, da un lato, come la stessa fosse in possesso del requisito esperienziale richiesto dalla *lex specialis* e, dall'altro, che l'utilizzo della piattaforma TAO, per il suo carattere *open source*, non impediva la partecipazione alla gara, *a fortiori* per un operatore economico, quale TIM S.p.A. nella sua qualità di precedente affidatario, che proprio mediante tale piattaforma aveva erogato il servizio in seguito al subentro nel precedente Accordo Quadro.

1.10. La Sezione, in seguito alla discussione della causa nell'udienza pubblica del 3 novembre 2021, con ordinanza n. 11315 del 4 novembre 2021, ordinava a INVALSI di produrre una dettagliata relazione sullo stato della procedura di gara, sull'identità dei partecipanti e sull'eventuale intervenuta aggiudicazione, altresì fissando una nuova udienza di discussione del merito per il 1° dicembre 2021. INVALSI ottemperava il predetto incumbente istruttorio con la produzione documentale del 10 novembre 2021, tra cui figurava anche una copia, priva di data, della aggiudicazione disposta in favore di Open Assessment Technologies S.A.

1.11. La Sezione, a valle della discussione tenutasi all'udienza pubblica del 1° dicembre 2021, tratteneva nuovamente la causa in decisione. Tuttavia, con ordinanza n. 13113 del 17 dicembre 2021, ravvisato il consolidamento a fini processuali della posizione soggettiva di Open Assessment Technologies S.A. in virtù dell'intervenuta aggiudicazione della gara in suo favore ed emersa, quindi, la necessità di integrare il contraddittorio nei suoi confronti, ordinava a TIM S.p.A. di assolvere l'incombente della notifica a tale società del ricorso e dell'ordinanza n. 13113/2021. Rimetteva, inoltre, alla società ricorrente la scelta relativa all'impugnazione o meno del provvedimento di aggiudicazione con ricorso per motivi aggiunti *“sulla base della giurisprudenza richiamata nel corso della pubblica udienza del 1 dicembre sull'effetto caducante o meramente viziante di una eventuale illegittimità del bando contenente clausole ritenute escludenti (in un senso o nell'altro: Cons. Stato, Sez. III, 18.12.18, n. 7130 e TAR Liguria, Sez. II, 31.8.21, n. 774)”*.

1.12. La società ricorrente dava ottemperanza all'incombente dell'integrazione del contraddittorio, ma non impugnava il provvedimento di aggiudicazione.

1.13. In data 18 marzo 2022 Open Assessment Technologies S.A., nella sua qualità di società controinteressata in quanto aggiudicataria della gara oggetto della presente controversia, si costituiva in giudizio. Tale società, con memoria depositata in data 15 aprile 2022, eccepeva l'inammissibilità del ricorso introduttivo – tanto per ragioni analoghe a quelle già prospettate da INVALSI, quanto in virtù della mancata impugnazione dell'aggiudicazione con la proposizione di un ricorso per motivi aggiunti – nonché la sua infondatezza nel merito.

1.14. In data 15 aprile 2022, TIM S.p.A., in vista dell'udienza pubblica del 4 maggio 2022, depositava una memoria e in data 22 aprile 2022 una memoria di replica. Open Assessment Technologies S.A. depositava memoria di replica in data 22 aprile 2022.

1.15. All'udienza pubblica del 4 maggio 2022 la causa veniva discussa e poi trattenuta in decisione.

2. Il Collegio, preliminarmente, ritiene di dover esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo sollevata da Open Assessment Technologies S.A. per mancata, volontaria, impugnazione da parte di TIM S.p.A. del provvedimento di aggiudicazione della gara.

2.1. Tale eccezione non è suscettibile di favorevole considerazione.

2.2. Il Collegio è consapevole che in seno alla giurisprudenza amministrativa si sono formati due diversi orientamenti in ordine all'incidenza dei vizi del bando, ove autonomamente impugnato, sulla legittimità della aggiudicazione intervenuta *lite pendente*, anche con riguardo al profilo della impugnazione di tale sopravvenuto provvedimento ai fini della procedibilità dell'originario gravame interposto avverso la *lex specialis*.

2.2.1. Secondo un primo consolidato orientamento, l'annullamento del bando comporterebbe, in base allo schema della cosiddetta "invalidità ad effetto caducante", l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che il ricorrente che abbia contestato la legittimità del bando di gara, proponendo avverso tale atto amministrativo generale una autonoma impugnazione, non è tenuto ad impugnare anche il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione al fine di evitare l'improcedibilità del ricorso introduttivo. Tale orientamento è stato, anche di recente, riaffermato dal Consiglio di Stato, che ne ha messo in evidenza le due ragioni di fondo nei seguenti termini *“l'annullamento del bando comport[a] l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione secondo lo schema della invalidità ad effetto caducante, con la conseguenza che il ricorrente avverso il bando di gara non è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2020, n. 4758; III, 18 dicembre 2018, n. 7130; III, 5 dicembre 2016, n. 5112). Due le ragioni che sorreggono siffatta ricostruzione: la prima attiene al rapporto di presupposizione – consequenzialità immediata, diretta e necessaria tra il bando di gara e gli atti in sequenza procedurale, e tra questi, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare ad esistere (e produrre i suoi effetti) venuto meno il primo sul quale si fondano le determinazioni che lo stesso contiene e dal quale, in ultima analisi, dipende (secondo la regola generale che si ricava dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.). In secondo luogo, per essere l'interesse a ricorrere avverso il bando di gara diretto ad ottenere la ripetizione della procedura (c.d. interesse strumentale), con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale (in contrasto con l'art. 24 Cost. ed art. 1 cod. proc. amm., oltre che, con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, i principi della direttiva ricorsi); è questa la ragione, peraltro, per la quale si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, V, 28 marzo 2018, n. 1935; V, 16 luglio 2018, n. 4304; V, 25 febbraio 2016, n. 754; V, 23 dicembre 2016, n. 5445; V, 19 luglio 2013, n. 3940; 23 aprile 2014, n. 2063)”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3538 del 6 maggio 2021; in tal senso anche Cons. Stato, sez. III, sent. n. 7130 del 18 dicembre 2018; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5112 del 5 dicembre 2016).

2.2.2. In base ad un secondo orientamento, il fulcro della questione ruota intorno alla esigenza di garantire la difesa del terzo aggiudicatario della gara il quale, non rivestendo la qualifica di controinteressato nel giudizio pendente in seguito alla impugnazione della *lex specialis*, soffrirebbe

gli effetti pregiudizievoli di un'eventuale pronuncia di annullamento senza aver avuto la possibilità di difendersi e contraddire in sede processuale. Secondo tale orientamento giurisprudenziale risulta, quindi, preferibile optare per il “*carattere viziante, anziché caducante, degli eventuali profili di legittimità del bando, con conseguente onere di impugnazione della successiva aggiudicazione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 maggio 2020, n. 835; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2846, e T.A.R. Liguria, sez. II, 21 marzo 2018, n. 233)*” (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, sent. n. 774 del 31 agosto 2021).

2.3. Il Collegio, nel respingere l'eccezione di inammissibilità per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, ritiene di aderire al primo degli orientamenti giurisprudenziali sin qui delineati. Ad avviso del Collegio, infatti, l'elemento centrale che fa propendere per la reiezione di una siffatta eccezione risiede nella circostanza per cui l'interesse che sorregge il gravame proposto avverso la *lex specialis*, a prescindere dalla formale partecipazione alla gara da parte dell'operatore economico ricorrente, è quello strumentale alla demolizione dell'intera procedura ad evidenza pubblica al fine di ottenere la sua ripetizione. Come ben evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa innanzi richiamata, tale interesse sottende una tensione del ricorrente verso il conseguimento di un bene della vita (ossia, la ripetizione della gara) ontologicamente distinto dal bene della vita che aspira ad ottenere l'operatore economico ricorrente che, per converso, abbia partecipato al confronto concorrenziale per il mercato della commessa pubblica oggetto di affidamento (ossia, l'aggiudicazione e il subentro nel contratto). Lo iato esistente tra le due utilità giuridiche sottese alle due distinte tipologie di interesse che sorreggono, nell'uno e nell'altro caso, l'azione giudiziaria concretamente intrapresa dalla parte ricorrente, presenta una diretta ricaduta sulla necessità o meno di impugnare il provvedimento di aggiudicazione intervenuto *lite pendente*. Invero, nel caso in cui l'azione giudiziaria miri a censurare la legittimità della *lex specialis* in ragione del suo carattere indebitamente preclusivo del confronto concorrenziale – come occorso nel caso di specie – risulta pleonastico e privo di qualsiasi effetto utile gravare il ricorrente dell'onere di impugnare con lo strumento processuale dei motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione successivamente intervenuto, in quanto dalla sua eventuale declaratoria di illegittimità non potrebbe essere ritratta alcuna maggiore utilità rispetto a quella già *ex se* evincibile dall'accoglimento dell'originaria domanda giudiziale, posto che il ricorrente non mira ad ottenere l'aggiudicazione di una gara che reputa in radice illegittima (e alla quale, peraltro, non può concretamente ambire per non avervi partecipato), bensì unicamente la sua ripetizione. Di conseguenza, non può esservi sopravvenuta carenza di interesse del primigenio gravame per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, posto che l'interesse strumentale a caducare l'intera procedura di

gara al fine di ottenerne la ripetizione permane lungo tutto il dipanarsi della vicenda processuale e a prescindere dagli eventi e dagli esiti che caratterizzano lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica, rispetto ai quali la posizione della parte ricorrente rimane insensibile, avendone contestato in radice la legittimità in ragione della prospettata impossibilità di partecipare in maniera utile ed effettiva al confronto competitivo.

2.4. Peraltro, nella fattispecie in esame, non si pone alcun problema di possibile lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva della società aggiudicataria – profilo, questo, posto a sostegno del secondo orientamento giurisprudenziale innanzi riportato e al quale il Collegio non intende dar seguito – in quanto la Sezione, con la già citata ordinanza n. 13113 del 17 dicembre 2021, ravvisato il consolidamento ai fini processuali della posizione soggettiva di Open Assessment Technologies S.A., proprio in virtù dell'intervenuta aggiudicazione della gara in suo favore, ha ordinato a TIM S.p.A. di integrare il contraddittorio nei suoi confronti mediante notifica del ricorso e di tale ordinanza. Il concreto assolvimento di tale incombente ha, dunque, consentito alla società controinteressata di costituirsi in giudizio ed esercitare senza alcuna preclusione i propri diritti di difesa e di contraddittorio processuale.

3. Il Collegio, sempre in via preliminare, non ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione di inammissibilità sollevata sia da INVALSI, sia da Open Assessment Technologies S.A., fondata sulla asserita carenza di interesse della società ricorrente in ragione del carattere non immediatamente escludente delle clausole impugnate, trovando ciò riscontro nel fatto che TIM S.p.A. sarebbe stata in possesso dei requisiti previsti dalla *lex specialis* per partecipare alla gara indetta nel 2021.

3.1. Il Collegio ritiene innanzitutto opportuno evidenziare, in via generale, che l'interesse a ricorrere, quale condizione dell'azione concettualmente autonoma dalla legittimazione ad agire, trova il suo fondamento nell'art. 100 del Codice di procedura civile, rubricato "*Interesse ad agire*" e secondo cui "*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*" – applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. – e si caratterizza per la "*prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato*" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4); ciò, invero, risulta coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati dal principio della domanda e dal principio dispositivo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 22 aprile 2013 n. 9685; Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228; Cass. civ., sez. II, 9 ottobre 2017, n. 23542). L'interesse a ricorrere, inoltre, è espressione della concezione soggettiva della tutela giurisdizionale, propria anche del

processo amministrativo (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4), e ad esso è attribuita una funzione di filtro processuale, fino a divenire strumento di selezione degli interessi meritevoli di tutela (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22).

3.1.1. Di recente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito che *“Il codice del processo amministrativo fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere: all'art. 35, primo comma, lett. b) e c), all'art. 34, comma 3, all'art. 13, comma 4-bis e, in modo più sfumato, all'art. 31, primo comma, sembrando confermare, con l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e l'arricchimento delle tecniche di tutela, la necessità di una verifica delle condizioni dell'azione (più) rigorosa. Verifica tuttavia da condurre pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi ex officio, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che 'la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione' ma non anche che 'abbia subito' una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite”* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22).

3.2. Il Collegio, più in particolare, con riferimento all'ambito materiale che rileva ai fini della delibazione della presente controversia, osserva che la giurisprudenza amministrativa pacificamente riconosce che nelle procedure di gara la lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente si concretizza con gli atti che danno attuazione alla *lex specialis* (su tutti, l'aggiudicazione), sicché il bando, essendo un atto amministrativo generale, di regola non è suscettibile di ledere gli interessi dei potenziali partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica. In proposito è stato affermato 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 ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare”* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

3.3. Tuttavia, la regola dell'impugnabilità della *lex specialis* solo unitamente agli atti che ne danno concreta attuazione, ha da tempo conosciuto due ordini di temperamenti. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso l'immediata impugnazione della *lex specialis* quando

l'interesse a ricorrere dipende da clausole del bando che prevedano oneri di partecipazione manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati.

3.4. Più di recente, la giurisprudenza amministrativa ha ampliato il novero dei casi nei quali si reputa sussistente l'interesse a impugnare direttamente la *lex specialis* di gara a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione. In proposito, è stato affermato che “*secondo l’ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale seguito (Cons. Stato, Ad.Plen. 26 aprile 2018, n. 4; sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; 18 luglio 2019, n. 5057; 8 marzo 2019, n. 1736), se è vero che l’esito di una procedura di gara è impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato (la domanda di partecipazione atteggiandosi a strumento per la sussistenza della posizione qualificata e differenziata che legittima l’impugnazione, laddove altrimenti l’operatore del settore sarebbe portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione per partecipare ad una riedizione di questa), è pur vero che a tale regola generale si deroga allorché l’operatore contesti in radice l’indizione della gara ovvero all’inverso contesti che una gara sia mancata, avendo l’amministrazione disposto l’affidamento in via diretta del contratto, ovvero ancora impugni direttamente le clausole del bando assumendone l’immediato carattere escludente; in tali ipotesi, infatti, la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità sul piano della funzionalità giustiziale” (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia – Catania, sez. IV, 19 giugno 2020, n. 1448). Il Consiglio di Stato ha poi chiarito che “*con la citata decisione n. 4/2018, l’Adunanza plenaria ha ribadito che sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell’offerta. Queste ultime sono le uniche eccezioni alla regola della non immediata impugnabilità del bando e, in quanto tali, sono di stretta interpretazione. In riferimento alla clausola immediatamente escludente che si assuma consistere nella difficoltà/impossibilità di formulare un’offerta, la casistica giurisprudenziale vi include anche le clausole che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2021, n. 7960).**

3.5. Sulla scorta dei più recenti arresti del Consiglio di Stato, rientrano nel novero delle clausole immediatamente escludenti anche le seguenti fattispecie “[...] a) *clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons.*

St., A.P., n. 3 del 2001); [...]” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 4180).

3.5. Nel caso di specie, la società ricorrente contesta il carattere immediatamente escludente delle impugnate prescrizioni della *lex specialis* (tanto con riguardo al c.d. requisito esperienziale, quanto con riferimento al vincolo tecnologico dell’utilizzo della piattaforma TAO), asserendo che le stesse le abbiano precluso, in radice, di partecipare in maniera effettiva e utile alla procedura di gara in questione. Il Collegio ritiene che tale prospettazione di lesione risulti plausibile alla luce del contenuto delle clausole della *lex specialis* oggetto di impugnazione che appaiono presentare una portata immediatamente escludente come asserito dalla parte ricorrente. Ciò risulta sufficiente ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni dell’azione (in specie, dell’interesse a ricorrere), senza che a tal uopo sia necessario, come chiarito dalla giurisprudenza innanzi citata, realizzare un più approfondito vaglio in ordine alla produzione di un pregiudizio in concreto nella sfera giuridico-patrimoniale della parte ricorrente, attenendo esso al merito della controversia.

3.6. Il Collegio, pertanto, sulla scorta delle superiori considerazioni e alla luce dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, ritiene sussistente l’interesse a ricorrere e, quindi, destituita di fondamento l’eccezione di inammissibilità sollevata da INVALSI e dalla società controinteressata. Esaurita la disamina delle eccezioni preliminari può passarsi allo scrutinio del merito dell’impugnativa proposta.

4. TIM S.p.A., con il primo motivo di ricorso, contesta la legittimità degli atti impugnati per *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 97 Cost., 30 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici, dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, di par condicio e del favor participationis, di libera concorrenza e apertura del mercato degli appalti pubblici. Violazione e falsa applicazione della determina a contrarre del 5/5/21. Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento”*. Più in particolare, la società ricorrente assume che la clausola della *lex specialis* che prescrive, a pena di esclusione, quale requisito di partecipazione di ordine speciale *“[l’]aver effettivamente eseguito almeno due contratti, negli ultimi quattro anni, che per natura e complessità delle attività svolte siano simili all’oggetto della presente gara e, in ogni caso, comportanti la somministrazione di almeno 1.500.000 di prove nell’arco di tre mesi solari con una concorrenza (concurrency) effettiva di almeno 125.000 studenti”* (punto III.1.3) del bando di gara e art. 5.3.a) del disciplinare di gara – cfr. docc. 2 e 4 della produzione di parte ricorrente), possedga una valenza immediatamente escludente e autonomamente lesiva, in quanto preclusiva in radice della partecipazione alla gara. La società ricorrente, a supporto di tale censura, pone in rilievo il

fatto che tale requisito di partecipazione risulta così ingiustificatamente restrittivo della partecipazione alla gara da parte degli operatori economici interessati alla commessa pubblica oggetto di affidamento che neanche essa, pur essendo il gestore uscente della gara del 2017, è in grado di soddisfarlo.

4.1. Nella prospettazione della società ricorrente, inoltre, concorrerebbero ad aggravare l'illegittimo carattere restrittivo di tale prescrizione della *lex specialis*, sia la richiesta di provare il possesso del c.d. requisito esperienziale mediante "*copia conforme del contratto unitamente a copia conforme delle fatture relative al periodo richiesto*", sia il fatto che in caso di eventuale partecipazione in RTI tale requisito doveva essere posseduto interamente dalla società mandataria, sia ancora la circostanza che la scelta di tale requisito non risulta in alcun modo contemplata nella determinazione di autorizzazione a contrarre n. 42 del 5 maggio 2021 (cfr. doc. 9 della produzione di parte ricorrente).

4.2. Il Collegio ritiene che le censure articolate con il primo mezzo di gravame non siano suscettibili di favorevole considerazione.

4.3. Il Collegio innanzitutto rileva che in ordine alla previsione di requisiti speciali di partecipazione alle procedure di gara, le stazioni appaltanti e, più in generale, gli enti aggiudicatori, godono di ampia discrezionalità anche per quel che riguarda la fissazione dei requisiti speciali di capacità tecnica e professionale.

4.3.1. L'esercizio di una così ampia discrezionalità risulta coerente con il dettato normativo nazionale ed eurounitario in materia. Sul piano sovranazionale, vale rilevare che la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa agli appalti pubblici, all'art. 58, par. 4, stabilisce che "*Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*". La medesima prescrizione è poi contenuta, sul piano interno, nell'art. 83, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante "Codice dei contratti pubblici" (di seguito, anche "c.c.p."). Da tali previsioni normative discende che, nel contemperamento dei contrapposti interessi in giuoco – ossia quello pubblico alla scelta del miglior offerente e ad una esecuzione dell'appalto che soddisfi nel migliore dei modi l'interesse pubblico al perseguimento del quale concorrono le prestazioni oggetto di affidamento e l'interesse privato ad ottenere l'affidamento della commessa pubblica – il legislatore ha comunque espressamente previsto che la partecipazione alle gare possa essere unicamente riservata, quale portato delle scelte discrezionali delle amministrazioni aggiudicatrici, ad operatori economici particolarmente qualificati, sì da garantire che l'affidamento sia disposto in

favore di un soggetto dotato di un adeguato bagaglio di conoscenze tecniche, tali da consentirgli di eseguire il contratto con esito positivo.

4.3.2. Tuttavia, l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici con riferimento alla fissazione, all'interno della *lex specialis*, dei requisiti speciali di partecipazione incontra alcuni specifici limiti già sul piano normativo. Infatti, l'art. 58, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, stabilisce espressamente che i criteri di selezione che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici come requisiti di partecipazione devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. Sul piano interno, il comma secondo del già citato art. 83 c.c.p. prevede che *“I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione [...]”*.

4.3.3. La giurisprudenza amministrativa, sul punto, ha avuto modo di affermare che *“il potere discrezionale della Stazione Appaltante nel definire requisiti di gara ed elementi di valutazione delle offerte incontra dei limiti intrinseci desunti dalla natura del contratto e dal suo valore e dei limiti estrinseci derivanti dai principi di proporzionalità, ragionevolezza, di non discriminazione e di tutela della concorrenza”* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 6972 del 22 ottobre 2004; più di recente, T.A.R. Lazio, sez. I-bis, sent. n. 1843 del 15 febbraio 2022). Tale impostazione risulta, invero, consolidata, in quanto il giudice amministrativo costantemente afferma che *“L'amministrazione, infatti, è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; TAR. Sicilia – Palermo, Sez. III, 27 dicembre 2016, n. 3133; TAR Campania – Napoli, sez. V, 3 maggio 2016, n. 2185)”* (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1484 del 2 marzo 2020). Oltretutto, in seno alla giurisprudenza amministrativa è stato anche stabilito che *“I bandi di gara possono, quindi, prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la fissazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 9 del 4 gennaio 2017). È stato poi precisato che *“le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti di capacità tecnica e dei requisiti soggettivi delle concorrenti devono*

perciò essere congrue e adeguate rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto in modo che la lex specialis possa consentire la selezione dell'operatore economico più idoneo, anche in ragione della pregressa esperienza acquisita e delle competenze tecniche e gestionali maturate, allo svolgimento delle prestazioni da affidarsi" (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1076 del 12 febbraio 2020; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5158 del 3 settembre 2018).

4.3.4. Posto, dunque, che alle stazioni appaltanti è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità professionale e tecnica (per quel che rileva ai fini del presente giudizio), ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate, risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito e non sia sproporzionata, irragionevole o discriminatoria, ciò si riverbera anche sul tipo e sull'ampiezza del vaglio giurisdizionale. Invero, la giurisprudenza amministrativa, proprio con riguardo ai limiti del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del predetto potere discrezionale, ha sancito che *"le valutazioni tecniche della stazione appaltante sui requisiti di partecipazione, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti"* (cfr., Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3769 del 17 luglio 2014), così come pure tale vaglio deve appuntarsi sulla non estraneità dei requisiti richiesti rispetto allo specifico oggetto dell'affidamento (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 3352 del 7 luglio 2017; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3105 del 26 luglio 2017; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 9 del 4 gennaio 2017; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3083 dell'8 settembre 2008; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 3655 del 23 luglio 2008). Infine, il giudice amministrativo, per quel che concerne il vaglio sulla ragionevolezza della scelta inerente ai requisiti di partecipazione, ha più specificamente chiarito che *"La ragionevolezza dei requisiti non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto e alle specifiche peculiarità dell'oggetto di gara"* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4170 dell'8 settembre 2015).

4.4. Il Collegio, inoltre, ritiene necessario evidenziare che rispetto all'oggetto dell'affidamento in esame – che riguarda il servizio di implementazione della piattaforma per la somministrazione *"computer based test"* di strumenti standardizzati INVALSI (questionari e prove) su larga scala in favore di tutte le scuole del territorio nazionale – assume rilevanza quanto previsto dal d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, recante *"Norme in materia di valutazione e certificazione delle competenze nel primo ciclo ed esami di Stato, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera i), della legge 13 luglio 2015, n. 107"*. Tale corpo normativo, infatti, contiene prescrizioni che conferiscono ad INVALSI – nell'ambito delle attività di *"promozione di periodiche rilevazioni nazionali sugli*

apprendimenti che interessano le istituzioni scolastiche e istruzione e formazione professionale, il supporto e l'assistenza tecnica alle istituzioni scolastiche e formative anche attraverso la messa a disposizione di prove oggettive per la valutazione degli apprendimenti finalizzate anche alla realizzazione di autonome iniziative di valutazione e autovalutazione” ai sensi dell’art. 17, comma 2, lett. b), del d.lgs. 31 dicembre 2009, n. 213 – specifici compiti in tema di rilevazioni nazionali attraverso prove standardizzate, computer based, volte ad accertare i livelli generali e specifici di apprendimento. Così, ad esempio, ai sensi dell’art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 62/2017, l’INVALSI è tenuta ad eseguire tali rilevazioni per testare i livelli di apprendimento nelle materie dell’italiano, della matematica e della lingua inglese (in coerenza con le indicazioni nazionali per il curriculum) e con riguardo alla classe terza della scuola secondaria di primo grado; il successivo quarto comma stabilisce, poi, che la partecipazione degli studenti a tali rilevazioni costituisce “requisito di ammissione all’esame conclusivo del primo ciclo di istruzione”. Analoghe prescrizioni sono dettate anche per quel che concerne le rilevazioni dei livelli di apprendimento degli studenti della scuola secondaria di secondo grado, laddove all’art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 62/2017, viene previsto che “[...] È ammesso all’esame di Stato [...] la studentessa o lo studente in possesso dei seguenti requisiti: [...] b) partecipazione, durante l’ultimo anno di corso, alle prove predisposte dall’INVALSI, volte a verificare i livelli di apprendimento conseguiti nelle discipline oggetto di rilevazione di cui all’articolo 19”.

4.5. Il Collegio ritiene, dunque, alla luce dei riferimenti normativi sin qui richiamati, sia con riguardo alla disciplina dei criteri di selezione dettata in ambito europeo e nazionale, sia con riferimento alle finalità pubblicistiche e al ruolo attribuiti ai compiti di rilevazione nazionale dei livelli di apprendimento, che INVALSI abbia operato in maniera legittima nella determinazione del contestato requisito di partecipazione di ordine speciale, in quanto lo stesso non risulta irragionevole, illogico, sproporzionato o discriminatorio, tenuto conto della tipologia e dell’oggetto dell’appalto, anche con riferimento alla complessità tecnologica dei servizi richiesti, delle concrete modalità di erogazione delle prestazioni (in termini sia di volumi, sia della tempistica della erogazione), nonché dell’interesse pubblico correlato all’affidamento, direttamente connesso con il funzionamento e gli obiettivi del sistema scolastico.

4.5.1. Il Collegio, inoltre, rileva che il contestato requisito di partecipazione di ordine speciale non risulta sproporzionato anche in considerazione del fatto che esso si pone in linea di continuità con il requisito richiesto ai fini della partecipazione alla gara indetta nel 2017 – rispetto alla quale, giova ricordarlo, TIM S.p.A. risulta essere il gestore uscente, essendo subentrata nell’esecuzione del relativo contratto d’appalto, quale conseguenza dell’esito del contenzioso giudiziale –. Le soglie

richieste dalla gravata *lex specialis*, infatti, risultano ampiamente ricomprese nei volumi di *test* INVALSI che il gestore del servizio affidato nel 2017 era tenuto ad erogare e che in concreto, come risulta dai documenti in atti (cfr. doc. 2 della produzione di INVALSI del 25 ottobre 2021), coincidono con i *test* predisposti e resi operativi prima della scadenza del bando della gara per cui è causa. Infatti, dai documenti prodotti da INVALSI in corso di causa (cfr. il già richiamato doc. 2 della produzione di INVALSI del 25 ottobre 2021) risulta che per almeno tre contratti stipulati da TIM S.p.A. in attuazione dell'Accordo Quadro del 2017, sono state raggiunte (nonché superate) le soglie previste dalla *lex specialis* impugnata ai fini della partecipazione alla procedura di gara in esame e, quindi, avrebbe potuto provare il possesso del requisito richiesto.

4.5.2. La notazione per cui il requisito di partecipazione alla gara in esame risulta porsi in linea di continuità con quello richiesto dalla legge di gara della procedura ad evidenza pubblica indetta nel 2017, va poi necessariamente apprezzata alla luce del mutato contesto normativo che ha interessato il sistema delle valutazioni dell'apprendimento degli studenti della scuola secondaria di primo e secondo grado. INVALSI, infatti, coerentemente con gli obiettivi formativi rilevanti ai fini della gara del 2017, tra gli aspetti infrastrutturali della piattaforma indicati all'interno del capitolato tecnico già richiedeva, con riguardo alla caratteristica della scalabilità, una “*comprovata capacità dell'infrastruttura di sostenere la somministrazione di test high stakes fino a 50.000 utenti strettamente contemporanei (concurrent users) per prove che coinvolgono un'intera leva scolastica (fino a 600.000 studenti) nell'arco di 6-8 settimane*” (punto 4.1 del capitolato tecnico della gara del 2017 – cfr. doc. 12 della produzione di parte ricorrente). Rispetto alla gara per cui è causa, l'elevazione di tali indicatori di capacità tecnica a requisito di partecipazione di ordine speciale e l'aumento delle soglie richieste (sia in termini di somministrazione delle prove nell'arco temporale previsto dal bando, sia in termini di effettiva capacità di somministrazione a un certo numero di studenti, c.d. *concurrency*), risulta coerente con il fatto che tale attività rientra, ad oggi, tra i compiti a regime che l'INVALSI è chiamata *ex lege* ad assolvere e, inoltre, che il regolare svolgimento, su tutto il territorio nazionale, dei *test* di valutazione dei livelli di apprendimento, risulta essenziale affinché gli studenti della scuola secondaria di primo e secondo grado completino il percorso di studi, nonché necessaria a garantire lo sviluppo e l'omogeneità della formazione sull'intero territorio nazionale (si pensi, ad esempio, al fatto che mediante tali prove è possibile misurare il c.d. *learning loss* dovuto alla pandemia ed apportare correttivi). Richiedere il possesso di tale requisito, dunque, risulta adeguato alla tipologia e all'oggetto dell'appalto, essendo indispensabile che lo stesso venga eseguito da un soggetto dotato di una specifica capacità tecnica.

4.5.3. Il Collegio ritiene che neppure risulti irragionevole e sproporzionata la richiesta esecuzione di attività simili e non meramente analoghe. Infatti, le amministrazioni aggiudicatrici possono legittimamente richiedere che gli operatori economici interessati a partecipare alla gara dimostrino di aver svolto servizi strettamente analoghi o addirittura identici a quelli oggetto di affidamento, purché ciò sia rispondente all'interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara, rientrando nell'esercizio del potere discrezionale ad esse riconosciuto nella determinazione dei requisiti di partecipazione di ordine speciale in vista della scelta del miglior contraente. Anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“Quanto, poi, alla legittimità della richiesta di servizi uguali, piuttosto che analoghi, va ribadita l'ampia discrezionalità della quale godono le stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché “attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione” (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016)”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1540 del 22 febbraio 2021).

4.5.4. Nel caso di specie, dunque, il carattere adeguato e proporzionato del contestato requisito speciale di capacità tecnica esclude il carattere illegittimo della *lex specialis*, così come prospettato dalla società ricorrente con il primo motivo di ricorso, in quanto alcuna ingiustificata preclusione alla partecipazione alla gara – con conseguente indebita restrizione del confronto concorrenziale – può dirsi connessa alla sua previsione. D'altronde, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, *“il rispetto dei principi del favor participationis e della concorrenza presuppongono la effettiva idoneità e capacità dei concorrenti rispetto all'oggetto del contratto”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 5358 del 3 settembre 2018). Anche sotto questo profilo INVALSI risulta aver correttamente esercitato il proprio potere discrezionale, andando a calibrare il requisito esperienziale richiesto dalla *lex specialis* con le peculiari caratteristiche tecnico-professionali necessarie per poter correttamente eseguire l'appalto, con la conseguenza che la restrizione della partecipazione ai soli operatori economici dotati della capacità professionale e tecnica richiesta dalla *lex specialis* risulta coerente con le peculiari caratteristiche dell'affidamento in esame e, dunque, legittima anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali innanzi citati (cfr., per tutti, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1484 del 2 marzo 2020; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1076 del 12 febbraio 2020).

4.5.5. Infine, il fatto che TIM S.p.A. si dolga di non aver potuto eseguire i contratti attuativi – e quindi riscontrare positivamente il requisito richiesto dalla stazione appaltante resistente – non trova riscontro nella documentazione prodotta da INVALSI, dalla quale si evince che almeno tre di tali

contratti siano stati eseguiti (peraltro interamente), risultando quindi idonei alla dimostrazione del possesso del requisito esperienziale richiesto ai fini della partecipazione alla gara indetta nel 2021. In proposito – sebbene tale contestazione non assuma comunque valenza dirimente ai fini dell'accertamento del carattere illegittimo delle impugnate prescrizioni della *lex specialis*, in quanto l'eventuale carattere indebitamente restrittivo della partecipazione alla gara non va valutato con riguardo alla posizione dei singoli operatori, bensì più in generale rispetto alla tipologia e all'oggetto dell'affidamento, tenuto altresì conto degli interessi pubblici che vengono in rilievo – non è foriera di alcuna criticità la circostanza per cui tale documentazione (cfr. doc. 2 della produzione di INVALSI del 25 ottobre 2021) sia stata elaborata dall'Istituto resistente ai precipui fini del presente giudizio in quanto, allo stato, non vi sono ragioni per ritenere che i dati utilizzati non siano stati correttamente forniti o elaborati. Peraltro, TIM S.p.A., quale erogatore del servizio relativo alla gara del 2017, pur risultando in possesso di un analogo *dataset*, si è unicamente limitata a porre in rilievo, con le argomentazioni sviluppate nelle proprie memorie, come alcuni contratti fossero stati annullati e altri risultassero ancora in corso di esecuzione al momento della scadenza dei termini di presentazione della domanda di partecipazione. Ciò, peraltro, non risulta suscettibile di dimostrare il mancato possesso del requisito esperienziale in quanto, da un lato, la legge di gara richiede l'effettiva esecuzione e non invece l'integrale esecuzione di due contratti e, dall'altro, INVALSI, ossia il soggetto deputato ad accertare il possesso del contestato requisito di partecipazione, ha tecnicamente dimostrato che TIM S.p.A. ha dato esecuzione ad alcuni contratti attuativi, riportando che per gli stessi sono stati anche disposti i relativi pagamenti.

4.6. Il Collegio ritiene che anche le altre censure articolate con il primo mezzo di gravame avverso gli atti impugnati non risultino meritevoli di accoglimento.

4.6.1. Il Collegio, per quel che concerne le previsioni della *lex specialis* relative alle modalità richieste per fornire la prova del possesso del requisito esperienziale, ritiene che l'aver prescritto “*copia conforme del contratto unitamente a copia conforme delle fatture relative al periodo richiesto*” risulti coerente con la necessità di dimostrare il buon esito degli appalti precedentemente eseguiti e risulti ragionevole e adeguato rispetto alla prova della effettiva sussistenza della capacità richiesta ai fini della partecipazione alla gara. Invero, INVALSI si è limitata a chiedere copia del contratto e delle relative fatture, ossia documenti in possesso di qualsiasi operatore che abbia, in precedenza, svolto servizi simili a quelli oggetto dell'affidamento in esame.

4.6.2. Il Collegio, neppure ritiene fondata la censura relativa alla contestata legittimità dell'art. 5.4 del disciplinare di gara per violazione dell'art. 83, comma 8, c.c.p., dedotta dalla società ricorrente sulla scorta del fatto che INVALSI ha prescritto che, in caso di partecipazione in RTI, il requisito

esperienziale debba essere posseduto per intero dall'impresa mandataria. Se è vero che l'art. 83, comma 8, c.c.p. richiede, per il caso di partecipazione in RTI, che “*La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*” e che, di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito che “*L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria*” (cfr. CGUE, sez. IV, sentenza del 28 aprile 2022, in causa C-642/20, *Caruter S.r.l. c. S.R.R. Messina Provincia SCpA et al.*), nel caso di specie non ricorre il lamentato vizio di legittimità per violazione di legge. Infatti, INVALSI non ha imposto, in capo agli operatori economici che intendano partecipare in RTI, l'obbligo di possedere integralmente, per il tramite dell'impresa mandataria, tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione, bensì ha limitato tale obbligo al solo requisito di carattere esperienziale inerente alla capacità professionale e tecnica richiesta per l'esecuzione dell'appalto.

4.6.2.1. Ciò, pertanto, risulta coerente con il dettato normativo eurounitario, dovendosi rilevare che l'art. 63, par. 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, anche con riferimento agli appalti di servizi, che taluni compiti essenziali siano svolti da uno specifico partecipante al raggruppamento temporaneo di imprese. Posto che nella fattispecie in esame la somministrazione dei *test* INVALSI implica il possesso di determinate capacità tecniche – ossia quelle intorno alle quali è stato articolato il requisito esperienziale di cui si tratta – la limitazione contenuta nella *lex specialis* risulta essere il portato del legittimo esercizio della discrezionalità riservata alle amministrazioni aggiudicatrici dal legislatore eurounitario che, nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore economico facente parte di un raggruppamento di imprese, ha seguito un approccio di tipo qualitativo e non meramente quantitativo.

4.6.2.2. Così, mentre con riguardo all'invocato art. 83, comma 8, c.c.p., la CGUE ha ravvisato il contrasto con la direttiva 2014/24/UE, posto che tale norma segue un approccio quantitativo e, in ciò, restringe indebitamente il confronto concorrenziale per il mercato delle commesse pubbliche, ponendosi in contrasto con il principio del *favor participationis* a danno delle PMI, di contro la gravata previsione della *lex specialis* risulta, per le ragioni sin qui esposte, ragionevole e

proporzionata rispetto alla tipologia e all'oggetto dell'affidamento e, quindi, scevra dai profili di illegittimità prospettati dalla società ricorrente.

4.6.3. Infine, il Collegio non ritiene meritevole di pregio la contestata asserita illegittimità degli atti gravati in ragione della mancata indicazione, nella determinazione a contrarre n. 42 del 5 maggio 2021, dei requisiti di capacità tecnica e professionale e del fatto che INVALSI si sia limitato a fornire una giustificazione solo in relazione al requisito di capacità economico-finanziaria. In proposito vale evidenziare che tale atto non ha una efficacia propriamente provvedimento, non producendo effetti giuridici autonomi nei confronti dei terzi, ma in quanto precedente l'avvio della procedura di affidamento presenta natura endoprocedimentale. Per costante giurisprudenza *“La sua funzione, infatti, attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esauendo gli effetti all'interno dell'amministrazione stessa (T.A.R. Campania, sez. V, 5 settembre 2018, n. 5380; T.A.R. Abruzzo, 26 maggio 2014 n. 485; T.A.R. Trentino-Alto Adige, 16 febbraio 2017 n. 53; T.A.R. Veneto, sez. III, 17 luglio 2017, n. 680; T.A.R. Campania, sez. I, 7 marzo 2012, n.1160)”* (cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, sent. n. 40 del 13 gennaio 2020). Pertanto, l'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte resta assorbita, con efficacia nei confronti dei terzi, nel bando di gara e negli altri atti che compongono la *lex specialis*, ed è avverso tali atti che vanno rivolte le censure da parte degli operatori economici che dalla stessa si assumono lesi. Nel caso di specie, gli atti di gara esplicitano in maniera chiara quali requisiti devono essere posseduti dai soggetti che intendono conseguire l'affidamento, sicché non può dirsi occorsa, sotto tale profilo, l'illegittimità prospettata dalla società ricorrente.

4.6.3.1. In ogni caso, nella determina a contrarre adottata da INVALSI si dà espressamente conto della approvazione del bando, del disciplinare, del capitolato e dei relativi allegati, nonché dello schema di accordo quadro, con la conseguenza che risulta destituito di fondamento il rilievo di TIM S.p.A. secondo il quale il contestato requisito esperienziale non sarebbe stato contemplato in sede di autorizzazione all'indizione della gara, posto che esso, come emerge dai documenti in atti, risulta chiaramente indicato nella *lex specialis*.

5. La società ricorrente, con il secondo motivo di ricorso contesta la legittimità degli atti gravati per *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68, 79 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici, 8, c. 1, lett. c), del D.L. 76/20; dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, di par condicio e del favor participationis, di libera concorrenza e apertura del mercato degli appalti pubblici. Violazione e falsa applicazione della determina a contrarre del 5/5/21. Eccesso di potere per assoluto difetto di*

motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento". Più in particolare, con tale mezzo di gravame TIM S.p.A. ha inteso censurare la legittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha imposto l'utilizzo della piattaforma tecnologica TAO nella versione 3.4.0-RC01, rispetto alla quale non solo sarebbe estremamente difficile per gli operatori "non nativi" effettuare la manutenzione evolutiva e lo sviluppo di nuove funzionalità così come richiesto dal Capitolato tecnico, ma risulterebbe anche eccessivamente oneroso, dal punto di vista dei tempi e dei costi, il subentro di operatori economici terzi. Secondo la prospettazione di TIM S.p.A. le motivazioni di tale scelta indicate da INVALSI all'art. 3, lettere da *a*) ad *e*), del Capitolato tecnico, non sarebbero comunque idonee a giustificare il fatto che, a differenza della gara indetta nel 2017, la stazione appaltante non abbia inteso lasciare liberi gli operatori economici di presentare la propria offerta tramite una qualsiasi, equivalente, piattaforma tecnologica *open source*. Con tale mezzo di gravame, inoltre, TIM S.p.A. censura anche il fatto che INVALSI non abbia previsto tale vincolo tecnologico all'interno della determina a contrarre, nonché il fatto che sia stato previsto un termine eccessivamente breve (pari a soli 19 giorni) per la presentazione delle offerte.

5.1. Il Collegio ritiene che la censura articolata con il secondo motivo di ricorso risulti fondata e vada dunque accolta, con conseguente annullamento degli atti gravati e caducazione dell'intera procedura di gara.

5.2. Il Collegio ritiene che prescrivere l'utilizzo di una determinata piattaforma informatica equivalga a imporre sugli operatori economici interessati un vincolo tecnologico di portata tale da incidere sulla stessa conformazione dei servizi oggetto di affidamento e, quindi, sulla presentazione delle offerte. La portata di tale vincolo risulta estremamente rilevante ai fini della partecipazione alla gara, in quanto il criterio di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* risulta essere quello della offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione di ben 70 punti per la parte relativa all'offerta tecnica.

5.3. Più in particolare, risulta indebitamente restrittiva del confronto concorrenziale la scelta operata da INVALSI di imporre esclusivamente l'utilizzo della piattaforma tecnologica TAO, ancorché la stessa costituisca un *software open source*. Infatti, se è vero che il carattere *open source* di tale piattaforma non precluda, in astratto, la possibilità di presentazione di una offerta anche da parte di operatori diversi dalla società controinteressata – che risulta essere il soggetto proprietario e sviluppatore del *software* TAO – è pur vero che da un punto di vista strettamente concorrenziale l'imposizione di tale vincolo tecnologico abbia conferito un sicuro vantaggio concorrenziale, in termini tecnici e di costo, ad Open Assessment Technologies S.A., risultato aggiudicatario

dell'affidamento, con la conseguenza che non soltanto il confronto concorrenziale per il mercato della commessa pubblica in questione è stato indebitamente ristretto, ma al contempo ne è risultato anche alterato, non ponendo tutti gli operatori economici interessati in condizioni di parità nella partecipazione alla gara. Ciò emerge *ictu oculi* al solo voler considerare che alla procedura ad evidenza pubblica per cui è causa ha concretamente partecipato la sola società controinteressata e che la stessa ha ottenuto il massimo del punteggio sia con riguardo alla offerta tecnica, sia con riferimento a quella economica (cfr. doc. 24 della produzione di INVALSI del 10 novembre 2021); tali rilievi risultano alquanto indicativi del vantaggio concorrenziale di cui Open Assessment Technologies S.A. ha potuto godere nella presentazione della propria offerta, in quanto oltre ad essere stata messa nelle condizioni di utilizzare la propria tecnologia proprietaria, ha potuto contare sul fatto che anche gli eventuali altri partecipanti avrebbero dovuto conformare le proprie offerte tenendo conto del predetto vincolo tecnologico. La contestata prescrizione della *lex specialis*, quindi, avendo impedito agli operatori economici interessati all'affidamento di utilizzare altri *software open source* ne ha limitato le possibilità di formulazione della migliore offerta possibile (sia in termini tecnici sia economici), depotenziandone la capacità concorrenziale e privandoli ingiustificatamente degli sforzi connessi agli investimenti realizzati nello sviluppo o nell'utilizzo di una data tecnologia, con ricadute negative anche sulla scelta del miglior offerente, stante l'indebita restrizione della concorrenza avutasi per effetto dell'introduzione del predetto vincolo tecnologico. In proposito, è d'uopo evidenziare che la piattaforma TAO non costituisce l'unica soluzione tecnologica possibile, in quanto vi è la possibilità di ricorrere all'impiego di altri *software*, quale ad esempio quello utilizzato da TIM S.p.A. nel confezionare l'offerta presentata nella gara del 2017, rispetto ai quali non emerge, dai documenti in atti, la eventuale inidoneità rispetto all'erogazione dei medesimi servizi oggetto della gara per cui è causa; riprova ne è il fatto che INVALSI aveva comunque positivamente valutato l'offerta presentata da TIM S.p.A. nell'ambito della gara del 2017, basata su una piattaforma tecnologica diversa da TAO.

5.4. La scelta discrezionale di INVALSI non risulta legittima, in quanto non è supportata da ragioni giustificatrici di carattere oggettivo che la rendano proporzionata e ragionevole rispetto alla tipologia e all'oggetto dell'appalto, nonché necessaria rispetto al perseguimento degli interessi pubblici che vengono in rilievo.

5.4.1. In proposito, vale rilevare che alcune di tali ragioni (art. 3, lettere *a*), *b*) e *c*), del Capitolato tecnico – cfr. doc. 7 della produzione di parte ricorrente), pur appuntando sul carattere *open source* della piattaforma, si basano sul richiamo di elementi tecnologici che non appaiono di per sé idonei a giustificare la scelta esclusiva della piattaforma TAO, trattandosi di aspetti che

caratterizzano, in generale, la generalità dei *software* di tipo *open source* in termini di accessibilità, interoperabilità e funzionalità di esercizio.

5.4.2. Le altre ragioni (art. 3, lettere *d*) ed *e*), del Capitolato tecnico – cfr. doc. 7 della produzione di parte ricorrente) riguardano, invece, aspetti inerenti al *know-how* posseduto dalla stazione appaltante e al fatto che la piattaforma TAO, essendo già stata utilizzata in precedenza, ha consentito lo sviluppo di nuove funzionalità di cui INVALSI intende continuare ad avvalersi. Sull'inconferenza di tali ragioni colgono nel segno i rilievi svolti dalla società ricorrente. Quanto alla seconda giustificazione, in particolare, si osserva che lo sviluppo di nuove funzionalità non è precluso dall'utilizzo di soluzioni tecnologiche alternative, il cui sviluppo va valutato in base ai criteri e sub-criteri di valutazione di cui all'Allegato 11 della *lex specialis*; di conseguenza, INVALSI non avrebbe corso alcun rischio di soffrire una perdita di valore laddove avesse consentito di utilizzare *software* alternativi. Per quel che riguarda, invece, lo sfruttamento del *know-how* acquisito sulla piattaforma TAO, si rileva che tale giustificazione non risulta suscettibile di derogare al principio di equivalenza, quale precipitato tecnico del più generale principio del *favor participationis* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4353 del 7 giugno 2021) e che trova applicazione anche in assenza di una espressa previsione del bando, trattandosi di un principio generale che permea l'intera disciplina della evidenza pubblica ed espressione dei principi costituzionali di imparzialità, buon andamento, iniziativa economica e del principio eurounitario di concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 6035 del 25 agosto 2021; Cons. Stato, sez. III, sent. n. 6345 del 20 ottobre 2020). Il richiamo a tale profilo, pertanto, non può giustificare la situazione di *lock-in* che si è venuta a determinare, come evidenziato dalla società ricorrente, in forza della imposizione dell'utilizzo della piattaforma TAO, quale requisito tecnologico esclusivo, ai fini della formulazione dell'offerta e della erogazione dei servizi oggetto di affidamento.

5.5. In definitiva, la caratteristica di *software open source* della piattaforma tecnologica TAO e le altre giustificazioni contenute nel capitolato tecnico della gravata *lex specialis*, non risultano, di per sé, sufficienti a giustificare la scelta operata da INVALSI, che si appalesa irragionevole e sproporzionata e, quindi, ingiustificatamente restrittiva della partecipazione alla gara (nonché del confronto concorrenziale). L'aver imposto, in capo agli operatori economici potenzialmente interessati alla commessa pubblica in questione, un onere del tutto sproporzionato per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ha infatti reso la partecipazione alla gara incongruamente difficoltosa, se non addirittura impossibile (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 4180). Infatti, per le ragioni innanzi richiamate, ancorché TIM S.p.A. fosse formalmente in

condizione di presentare la domanda di partecipazione e formulare un'offerta, le illegittime scelte discrezionali operate da INVALSI in punto di soluzione tecnologica richiesta, hanno comunque privato tale operatore – così come pure gli altri potenziali concorrenti – della possibilità di partecipare effettivamente e in maniera utile alla procedura ad evidenza pubblica in questione.

5.6. Non meritano, invece, accoglimento le ulteriori contestazioni mosse da TIM S.p.A. con il secondo mezzo di gravame. Per quel che riguarda i rilievi relativi alla mancata indicazione di tale vincolo tecnologico nell'ambito della richiamata determinazione a contrarre, è sufficiente richiamare le considerazioni già svolte con riferimento al medesimo profilo di censura articolato con il primo motivo di ricorso. Per quel che concerne l'estrema esiguità del termine concesso per la presentazione delle offerte, si tratta di una scelta pienamente legittima alla luce di quanto previsto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, tenuto altresì conto dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo, nonché della circostanza per cui i servizi oggetto di affidamento presentano un rilievo strategico e rientrano nell'ambito degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, collocandosi al secondo posto “*Consolidare e rendere generale l'uso dei test PISA/INVALSI*” della Missione “*Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione*”.

6. In definitiva, alla luce delle precedenti considerazioni, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti in epigrafe impugnati.

7. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna le altre parti costituite alla rifusione delle spese di lite in favore di TIM S.p.A. che liquida, a carico di Invalsi – Istituto Nazionale di Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e Formazione, in Euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori come per legge, e a carico di Open Assessment Technologies S.A. in Euro 3.500,00 (tremilaecinquacenti/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente

Chiara Cavallari, Referendario

Luca Biffaro, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO