

**APPALTI: Consiglio di Stato - Sezione Quinta - Sentenza 15 marzo 2023, n. 2728**, in *Giurisprudenza Civile* 11-2023, pag. 2447; “*Appalti Consip e l’onere di immediata impugnazione dei bandi autonomi*” di Federica Baricalla.

**1. -Giustizia amministrativa -Processo amministrativo - Interesse a ricorrere -Determinazione della lesione della situazione giuridica soggettiva -Indizione della procedura ad evidenza pubblica -Sufficienza.**

**2. -Giustizia amministrativa -Processo amministrativo -Aggiudicazione appalto Consip - Radica l’interesse diretto ed attuale alla eliminazione di simili bandi autonomi -Onere di immediata impugnazione -Sussistenza.**

1. La lesione dell’interesse del ricorrente deve essere connotata dai caratteri dell’immediatezza, della concretezza e dell’attualità, cosiddette condizioni dell’azione, tra cui spicca l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c. *sub specie* di interesse a ricorrere; pertanto, l’indizione della procedura ad evidenza pubblica renderà concreta ed attuale, dunque provocherà per la prima volta, la lesione. Sulla consistenza dell’interesse al ricorso è intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato: “*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. 7, 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*” (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22).

2. L’aggiudicazione di un appalto Consip è da ritenere sufficiente a radicare un interesse diretto ed attuale alla eliminazione di simili bandi autonomi. “*La semplice pendenza di un procedimento di evidenza pubblica avente ad oggetto – nella prospettazione della ricorrente – il medesimo bene della vita da essa conseguito a seguito di aggiudicazione della gara CONSIP, di cui la stessa ricorrente aveva una conoscenza qualificata in qualità di partecipante anche a tale procedimento, ha effetti direttamente lesivi sulla posizione dell’aggiudicataria, indipendentemente dall’adozione del provvedimento terminale di quel procedimento ... La prospettazione dell’appellante sconta il vizio logico di applicare alla fattispecie in esame gli schemi propri della competizione all’interno della medesima gara.*

*L’aggiudicazione in favore di una controinteressata fa scattare l’onere d’impugnazione in capo alle altre partecipanti alla medesima gara, perché rende attuale e concretizza l’effetto lesivo (consistente nella certezza di non potersela aggiudicare).*

*Viceversa, ove un’impresa sia già titolare della posizione differenziata consistente nell’aggiudicazione in proprio favore di procedura selettiva relativa ad un determinato oggetto negoziale, la sola pendenza di altra procedura avente – in tesi – il medesimo oggetto si configura come lesiva, in concreto e nell’attualità, indipendentemente dall’adozione dell’atto conclusivo, perché la sola messa a gara di un servizio già aggiudicato, implicando la disposizione di un bene indisponibile (proprio perché già aggiudicato), espone l’aggiudicatario alla perdita della certezza giuridica propria dell’utilità provvedimento conseguita”. In questi esatti termini: “bandire la gara ... aveva l’effetto giuridico (immediato) di sottrarre il bene oggetto della stessa ad altre forme di disponibilità giuridica”. Pertanto: “all’atto dell’aggiudicazione in proprio favore della gara CONSIP l’odierna appellante vantava un interesse personale, diretto ed attuale all’eliminazione del bando” (quello relativo alla gara autonoma) (Cons. Stato, III, 29 ottobre 2021, n. 7248).*

Pertanto, l'indizione in sé della gara deve formare oggetto di immediata impugnazione a pena di inammissibilità del gravame.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia delle Entrate e di Ader - Agenzia delle Entrate – Riscossione, di L'Operosa S.p.a. e di Formula Servizi Società Cooperativa;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti l'avvocato Moscuza, l'avvocato dello Stato Guizzi, l'avvocato Tomaselli su delega di Brugnoletti e l'avvocato Marzot;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso di primo grado Dussmann Service S.r.l. ha impugnato:

- il provvedimento del 3 gennaio 2022 con cui il direttore della direzione centrale logistica e approvvigionamenti dell'Agenzia delle entrate ha disposto l'aggiudicazione in favore della società cooperativa Formula Servizi del Lotto n.1 (CIG 79299902C4) dell'appalto specifico indetto dall'Agenzia delle entrate per *“l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale per le sedi degli uffici dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione”*- gara a cui Dussmann ha partecipato classificandosi in posizione non utile -;

- la determina a contrarre adottata con delibera prot n. 7523 del 7 giugno 2019 e gli altri atti di indizione della gara;

- la comunicazione di AdE del 2 dicembre 2020, con cui la stessa aveva dichiarato di voler proseguire le gare autonome;

nonché in forza dei motivi aggiunti:

- la comunicazione dell'Agenzia delle entrate, indirizzata alla Corte dei conti, avente ad oggetto *“Autorizzazione all'acquisizione di beni e servizi in deroga alle procedure centralizzate che fanno riferimento alle convenzioni stipulate da Consip S.p.A.”* e l'allegato documento contenente le *“Valutazioni Economiche”* e le relative appendici, volto a dettagliare le metodologie adottate dall'Agenzie delle entrate nella *“Valutazione Adesione Convenzioni Consip e Conseguenze sulle procedure di gara avviate da Agenzia delle Entrate in proprio e in nome di Agenzia delle Entrate-Riscossione”*.

Ha, altresì, richiesto l'accertamento e la declaratoria dell'obbligo dell'Agenzia delle entrate di aderire alla convenzione stipulata dalla ricorrente con Consip S.p.a., relativa al lotto n. 1, con conseguente condanna della stessa Agenzia delle entrate a disporre il subentro della ricorrente nel servizio, eventualmente previa declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto, ove medio tempore stipulato.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha dichiarato irricevibile il ricorso con sentenza n. 7324 del 2022, appellata da Dussmann Service S.r.l. per il seguente motivo di diritto:

I) *error in iudicando* in relazione alla tardività del ricorso.

L'appellante ha, altresì, riproposto in appello i motivi del ricorso di primo grado assorbiti dal Tar.

Si sono costituite per resistere all'appello Agenzia delle Entrate e Ader - Agenzia delle Entrate Riscossione, L'Operosa S.p.a. e Formula Servizi Società Cooperativa.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 16 febbraio 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Dussmann Service S.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7324 del 2022 che ha dichiarato irricevibile il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento del 3 gennaio 2022 con cui il direttore della direzione centrale logistica e approvvigionamenti dell'Agenzia delle entrate ha disposto l'aggiudicazione in favore della società cooperativa Formula Servizi del Lotto n.1 (CIG 79299902C4) dell'appalto specifico indetto dall'Agenzia delle entrate per "*l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale per le sedi degli uffici dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione*"- gara a cui Dussmann ha partecipato classificandosi in posizione non utile -, e degli altri atti di indizione della gara.

La gara era suddivisa in 13 lotti territoriali, dei quali il lotto 1 che viene in rilievo ai fini del presente ricorso – di importo pari ad € 9.819.894,43 – riguardava gli uffici di AdE e AdER siti nelle regioni Valle d'Aosta e Piemonte. AdE aveva indetto la gara sul presupposto secondo cui "non sono presenti Convenzioni Consip idonee a soddisfare il fabbisogno in oggetto".

In primo grado la ricorrente aveva lamentato, essenzialmente, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 449, l. 27 dicembre 2006 n. 296; dell'art. 1, comma 1 e 3, l. 7 agosto 2012 n. 135; dell'art. 1, comma 510, l. 28 dicembre 2015 n. 208, nonché l'eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e irragionevolezza. Infatti, la stessa era risultata aggiudicataria, tra l'altro, del lotto ordinario n. 1 della gara Consip per "*l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché*

*negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca*”, il quale riguardava i territori della Regione Liguria, per le province di Genova e La Spezia, e della Regione Piemonte, per le province di Asti, Novara, Vercelli, Alessandria, Biella, Verbano-Cusio-Ossola.

Con l’atto di motivi aggiunti, invece, la ricorrente aveva lamentato l’invalidità e l’inutilizzabilità processuale degli atti impugnati in quanto privi di data, sottoscrizione e protocollo e, in subordine, aveva contestato le valutazioni economiche comparative compiute dall’Agenzia delle entrate, che sarebbero risultate fondate su una stima dei costi effettuata *ex ante* anziché *ex post*.

La sentenza appellata ha ritenuto tardiva l’impugnazione svolta, sulla base del presupposto secondo cui: - *“alla data del 10 dicembre 2021 (data di stipula delle convenzione FM4 lotto 1, n.d.r.) (...) la ricorrente ha preso a rivestire una posizione qualificata e differenziata rispetto a tutti gli altri operatori del settore che la legittimava all’impugnazione degli atti di indizione della gara oggetto del presente giudizio, che era stata bandita il 7 giugno 2019”*; - *“ciò, in quanto, all’evidenza, l’indizione e l’esecuzione dell’appalto oggi impugnato privano di rilevanza quello FM4 indetto da Consip per i territori per cui vi sia coincidenza, in quanto, per effetto del primo, non viene dato corso al secondo”*.

L’appellante deduce *error in iudicando* in relazione alla tardività del ricorso.

Ed invero, per Dussmann, l’azione di annullamento è subordinata alla coesistenza di due condizioni: da un lato, la legittimazione a ricorrere, ossia la titolarità della posizione giuridica da intendersi quale posizione sostanziale differenziata e qualificata in rapporto all’esercizio del potere amministrativo; dall’altro, l’interesse a ricorrere, ovverosia la concreta possibilità di perseguire un bene della vita in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell’interesse protetto. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, al momento della stipula della convenzione Consip Fm4 relativa al lotto 1 Dussmann era, in tesi, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata e, quindi, della c.d. legittimazione ad agire, ma era invece priva di quell’interesse – concreto e attuale – che consente di agire in giudizio, dal momento che non si sarebbe ancora realizzata una lesione definitiva della propria posizione giuridica soggettiva, che si sarebbe concretizzato solo con l’aggiudicazione della gara.

A sostegno di tale assunto l’appellante rileva come la scelta di indire una gara autonoma dipenda dalla valutazione discrezionale della stazione appaltante sull’opportunità di approvvigionarsi in autonomia. L’adesione alla convenzione, assume, infatti, carattere vincolante solo successivamente al confronto tra i prezzi della gara autonoma e quelli forniti da Consip: a mente della legge n. 135 del 2012, le amministrazioni obbligate ad aderire alle convenzioni quadro hanno facoltà di approvvigionarsi in autonomia di beni e servizi solo qualora siano in grado di stipulare un contratto

a prezzi inferiori rispetto a quelli derivanti dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip. Ne conseguirebbe che soltanto a valle dell'espletamento di tale attività valutativa, l'atto d'indizione della procedura sarebbe stato capace di produrre effetti lesivi e solo allora sarebbe sorto l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione della gara autonoma, in quanto atto in cui si concretizza la deroga alla gara Consip.

Oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe, dunque, il procedimento di gara ADE in sé, ma il suo esito, ossia la mancata o comunque illegittima comparazione dei costi rivenienti dalla suddetta gara e quella invece gestita da Consip. Ed una simile valutazione, che deve necessariamente prendere le mosse dalla comparazione delle offerte ricevute dalle concorrenti poi divenute aggiudicatarie, può essere compiuta solo a valle della procedura, ossia allorché ne sono conosciuti gli esiti. Di qui, ancora, l'esigenza di attendere l'aggiudicazione finale al fine di poter impugnare il risultato delle predette valutazioni comparative.

Dussmann ripropone, poi, le censure di primo grado assorbite dal Tar.

Formula Servizi ripropone *ex art. 101 c.p.a.* le numerose eccezioni di inammissibilità già sollevate in primo grado, ed assume, altresì, l'infondatezza del ricorso, dei motivi aggiunti e dell'appello.

L'Operosa chiede il rigetto dell'appello, riproponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado (di cui Dussmann eccepisce la tardività) e assumendone l'infondatezza, unitamente ai motivi aggiunti.

L'appello è infondato nel merito, e il Collegio può pertanto prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle controparti.

Ed invero, la lesione dell'interesse del ricorrente deve essere connotata dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità, cosiddette condizioni dell'azione, tra cui spicca l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. *sub specie* di interesse a ricorrere; pertanto, l'indizione della procedura ad evidenza pubblica renderà concreta ed attuale, dunque provocherà per la prima volta, la lesione.

Sulla consistenza dell'interesse al ricorso è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato: *“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. 7, 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”* (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22).

Tanto premesso, mentre la convenzione Consip è stata stipulata il 10 dicembre 2021, la presupposta aggiudicazione (sempre della gara Consip) è avvenuta in data antecedente al 20 novembre 2020 (come ben si evince dalla nota ADE del 2 dicembre 2020). Data questa in cui Dussmann informava ADE della ridetta aggiudicazione dell'appalto Consip, invitandola ad aderire alla successiva convenzione.

ADE, con la citata nota del successivo 2 dicembre 2020, affermava chiaramente che: a) intendeva proseguire con le proprie gare autonome per inidoneità dei lotti Consip a soddisfare le proprie esigenze; b) era stata informata anche la Corte di conti circa l'intenzione di derogare alle suddette convenzioni Consip. Ciò, anche sulla base di una comparazione di costi già sostanzialmente effettuata in occasione della determinazione a contrarre, ossia della autorizzazione a procedere in deroga rispetto alla convenzione Consip.

Dunque, già a quella data (2 dicembre 2020) Dussmann aveva ormai acquisito certezza circa il fatto che la convenzione che avrebbe poi stipulato con Consip per via della pregressa aggiudicazione non avrebbe comunque avuto alcun seguito, ossia un qualsivoglia effetto, con riguardo agli uffici ADE. La lesione si era radicata, quindi, ancor prima di quanto indicato dal TAR Lazio (10 dicembre 2021, data della stipula convenzione Consip), ossia nel momento in cui, pur a seguito dell'aggiudicazione della gara Consip, ADE aveva inequivocabilmente fatto presente, con nota del 2 dicembre 2020, che avrebbe applicato la deroga alla suddetta convenzione Consip proseguendo con le proprie gare autonome.

Dunque, se nel mese di giugno 2019 Dussmann aveva avuto contezza della potenziale lesività del bando ADE, la lesività è poi divenuta concreta ed attuale allorché la stessa si è aggiudicata la gara Consip e, soprattutto, nel momento in cui ha avuto notizia da parte di ADE che quest'ultima avrebbe proseguito con la propria gara autonoma in quanto ritenuta di maggior convenienza rispetto a quella Consip. Di qui la evidente tardività del ricorso di primo grado, presentato circa quattordici mesi dopo tale momento.

Una simile impostazione si rivela, tra l'altro, coerente con l'indirizzo secondo cui l'aggiudicazione di un appalto Consip è da ritenere sufficiente a radicare un interesse diretto ed attuale alla eliminazione di simili bandi autonomi. *“La semplice pendenza di un procedimento di evidenza pubblica avente ad oggetto – nella prospettiva della ricorrente – il medesimo bene della vita da essa conseguito a seguito di aggiudicazione della gara CONSIP, di cui la stessa ricorrente aveva*

*una conoscenza qualificata in qualità di partecipante anche a tale procedimento, ha effetti direttamente lesivi sulla posizione dell'aggiudicataria, indipendentemente dall'adozione del provvedimento terminale di quel procedimento ... La prospettazione dell'appellante sconta il vizio logico di applicare alla fattispecie in esame gli schemi propri della competizione all'interno della medesima gara.*

*L'aggiudicazione in favore di una controinteressata fa scattare l'onere d'impugnazione in capo alle altre partecipanti alla medesima gara, perché rende attuale e concretizza l'effetto lesivo (consistente nella certezza di non potersela aggiudicare).*

*Viceversa, ove un'impresa sia già titolare della posizione differenziata consistente nell'aggiudicazione in proprio favore di procedura selettiva relativa ad un determinato oggetto negoziale, la sola pendenza di altra procedura avente – in tesi – il medesimo oggetto si configura come lesiva, in concreto e nell'attualità, indipendentemente dall'adozione dell'atto conclusivo, perché la sola messa a gara di un servizio già aggiudicato, implicando la disposizione di un bene indisponibile (proprio perché già aggiudicato), espone l'aggiudicatario alla perdita della certezza giuridica propria dell'utilità provvedimento conseguita". In questi esatti termini: "bandire la gara ... aveva l'effetto giuridico (immediato) di sottrarre il bene oggetto della stessa ad altre forme di disponibilità giuridica". Pertanto: "all'atto dell'aggiudicazione in proprio favore della gara CONSIP l'odierna appellante vantava un interesse personale, diretto ed attuale all'eliminazione del bando" (quello relativo alla gara autonoma) (Cons. Stato, III, 29 ottobre 2021, n. 7248).*

La difesa di parte appellante afferma che l'interesse a ricorrere avverso tali gare autonome potrebbe concretizzarsi soltanto in esito alla comparazione finale dei costi della gara autonoma rispetto a quelli della gara Consip. Un simile obbligo sarebbe rinvenibile nell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 95 del 2012, a norma del quale: *"i contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa"*.

Al riguardo, osserva il Collegio che nessuna norma impone alle stazioni appaltanti una simile comparazione finale o postuma dei prezzi (quelli della gara autonoma e quelli della gara Consip), neppure l'invocato art. 1 del decreto legge n. 95 del 2012. Unica disposizione che postula una certa comparazione di prezzi è quella di cui all'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità 2016), a norma del quale: *"Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa*

dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali". Trattasi in questo caso, ad ogni modo, di valutazione comparativa dei costi *ex ante*, da compiere in vista dell'adozione del bando di gara autonoma.

Dunque, in ossequio al divieto di aggravio del procedimento amministrativo (cfr. art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990), la stazione appaltante non avrebbe potuto introdurre un ulteriore passaggio istruttorio – si ripete non altrimenti previsto dalla normativa in tema di appalti, che pure si contraddistingue per la analiticità della procedura di aggiudicazione – che avrebbe sortito il non voluto effetto di ritardare ancor di più gli esiti della gara stessa (è nota invece l'esigenza di massima celerità e speditezza in tale peculiare settore).

Del resto, trattandosi di principio generale (quello relativo al divieto di aggravio del procedimento amministrativo ed alla connessa speditezza e celerità in materia di appalti) ogni eccezione rispetto ad esso deve costituire il frutto di una espressa ed inequivoca disposizione di legge. Disposizione nel caso di specie non altrimenti rinvenibile, come ampiamente anticipato, almeno per quanto attiene alla invocata comparazione finale, ossia *ex post*, dei prezzi.

Ciò, anche in linea con il principio di economicità dell'azione amministrativa (art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990) per cui si rivelerebbe del tutto illogico far bandire e soprattutto svolgere una pubblica gara (autonoma) per poi decidere di porla nel nulla in esito ad una valutazione comparativa dei prezzi soltanto finale, o *ex post* (e non piuttosto iniziale, ossia *ex ante*). Un tale *modus operandi* (svolgimento gara autonoma e valutazione comparativa prezzi solo finale) determinerebbe infatti un inammissibile spreco di risorse e di attività amministrativa, il che finirebbe per denotare una frizione procedimentale ancor più evidente ove soltanto si consideri il settore in cui si opera (appalti pubblici, per l'appunto).

Di qui, la logicità e la ragionevolezza di una valutazione soltanto *ex ante* dei prezzi (comma 510 cit.) e non anche *ex post*, pena la ridetta violazione di fondamentali principi di economicità dell'azione amministrativa e di divieto di aggravio del procedimento.

L'insieme delle disposizioni sostanziali e processuali dettate in materia di appalti pubblici esprime, d'altra parte, l'esigenza che ogni possibile questione sia decisa, anche in sede giurisdizionale, il prima possibile e senza ulteriori spendite di tempo, di risorse e di attività amministrativa, il tutto nella condivisibile ottica della massima speditezza e celerità.

Dalla dimostrata sussistenza di un onere comparativo soltanto *ex ante*, dunque da effettuare in vista della deliberazione a contrarre *ex art.* 32, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, discende l'applicazione degli orientamenti del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (cfr. sentenza n. 4 del

26 aprile 2018) secondo cui l'indizione in sé della gara deve formare oggetto di immediata impugnazione a pena di inammissibilità del gravame.

In ogni caso, anche a voler ritenere che nel caso di specie la stazione appaltante della gara autonoma (ADE) avesse imposto negli atti di gara (ed in particolare nel contratto allegato alla determina di indizione) una sorta di autovincolo circa la necessità di effettuare una valutazione comparativa dei prezzi sia *ex ante* (mediante delibera dei propri organi di direzione e successivo inoltre alla Corte dei conti) sia *ex post* (ossia all'esito della procedura di gara), occorre tuttavia rilevare che, come già anticipato, la valutazione *ex ante* effettuata in vista della gara e compendiata nella nota in data 2 dicembre 2020, in cui si richiamava anche la prescritta relazione alla Corte dei conti, esprimeva, in estrema sintesi, che i lotti Consip non sono in grado di coprire il fabbisogno nazionale di ADE, ciò anche alla luce della diversa "aggregazione regionale" tra centri di costo ADE e lotti Consip (che avrebbe dato luogo alla necessità di indire diverse "gare ponte", nell'attesa di "ricucire" la distanza tra lotti Consip e strutture territoriali di ADE, il tutto con inevitabili aggravii gestionali e finanziari) e che la gara autonoma si rivela economicamente più vantaggiosa delle convenzioni Consip, anche sotto profili diversi da quello delle pulizie (es. facchinaggio).

Emerge, dunque, chiaramente, sin da questa fase, la volontà inequivoca di ADE di fare ricorso al meccanismo derogatorio rispetto alla convenzione Consip, e ciò anche sulla base di una comparazione di costi in quel momento già effettivamente avvenuta.

Ebbene, nella proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021, in occasione della quale si fa riferimento ad una "*compiuta comparazione tra le opzioni, in termini quali/quantitativi e di copertura*", si assiste non ad un riesame delle posizioni già assunte dai rispettivi comitati di gestione nel mese di febbraio 2019 (autorizzazione all'indizione in deroga di una gara autonoma), né ad una rivalutazione o riponderazione circa la legittimità ed opportunità della scelta già operata (nel senso di optare per la più conveniente gara autonoma), ma piuttosto alla mera cristallizzazione di quelle stesse valutazioni già effettuate, nel senso della maggiore convenienza delle gare autonome rispetto alle convenzioni Consip. Nella ridetta proposta di aggiudicazione non si effettua, dunque, una "nuova istruttoria", ma si fornisce, semmai, ulteriore dimostrazione circa la bontà e la validità, attraverso ulteriori dati disponibili, delle valutazioni già espresse in sede di autorizzazione alla procedura in deroga (cfr. la citata nota del 2 dicembre 2020). In questa prospettiva, la ridetta proposta di aggiudicazione contiene, in parte *qua* (preferenza per la gara autonoma), una manifestazione di volontà non innovativa con cui la stazione appaltante si limita a ribadire una sua precedente determinazione, in questo caso ripetendone il contenuto mediante ulteriori dati quantitativi a disposizione. Le valutazioni effettuate in sede di aggiudicazione (30 dicembre 2021) costituiscono, quindi, mera conferma di quanto già a suo tempo ritenuto in sede di determinazione a

contrarre da parte dei competenti organi dell'agenzia. Da tanto consegue che l'onere di impugnazione doveva essere riferito alla nota del 2 dicembre 2020 e non alla proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021 (atto al più di mera conferma di valutazioni già chiaramente espresse).

Dalle suesposte considerazioni discende la correttezza delle considerazioni espresse al riguardo dal giudice di primo grado (sebbene con motivazione parzialmente diversa, ossia con particolare riguardo al momento dell'aggiudicazione e non a quello della stipula della convenzione) e dunque la conferma della statuizione appellata di tardività del ricorso di primo grado.

Ad ogni buon conto, il gravame si rivelerebbe, peraltro, infondato anche nel merito.

Ed invero, non sussiste piena sovrapposizione tra le due procedure sul piano territoriale (nella invocata convenzione Consip manca tutta l'Emilia Romagna nonché alcune importanti province della Liguria tra cui Imperia e Savona). Onde far collimare in tal senso gare Consip e uffici regionali ADE sarebbe stato necessario fare ricorso a diverse "gare ponte" da parte di ADE, onde attendere gli esiti delle stesse gare Consip, e ciò con inevitabile aggravio di tempi e spreco di risorse anche finanziarie.

Anche l'oggetto delle due gare non è sovrapponibile, come emerge dalla diversità di CPV; ed invero, le gare autonome ADE riguardano soltanto i servizi di pulizia, quelli effettivamente necessari alla stazione appaltante, mentre la gara Consip contempla anche la manutenzione degli immobili, i servizi di facchinaggio e quelli di reception (*facility management* o *facility management light*). Ed anche in quest'ultima fattispecie (FML), i servizi di pulizia non erano opzionabili da soli, ma esclusivamente insieme ad altri servizi. Anzi, nel FML i servizi di pulizia erano di regola esclusi, e per ottenerli, sempre comunque in un pacchetto con altri, bisognava proporre una specifica domanda.

Nei suddetti termini, l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui "*non è ... in discussione che la commessa di ADE oggi impugnata abbia sostituito quella a suo tempo indetta da Consip ed aggiudicata a Dussmann Service*" non si rivela tra l'altro idonea a formare statuizione di merito soggetta a passare in giudicato (poiché non espressamente impugnata, con appello incidentale, dalle altre parti del giudizio) e ciò in quanto in quel momento lo stesso giudice di primo grado, nel rilevare la tardività e dunque la irricevibilità del gravame, si era già spogliato di ogni *potestas iudicandi* sul merito della causa.

Sul piano della comparazione dei costi, ADE ha ipotizzato un risparmio di quasi tre milioni di euro rispetto alla convenzione Consip (cfr. proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021) senza che sul punto la difesa di parte appellante abbia evidenziato profili di inattendibilità delle operazioni effettuate da ADE per manifesta illogicità dei criteri utilizzati o per palesi erroneità delle relative

stime di calcolo, avendo effettuato, in proposito, solo generiche affermazioni, od essendosi limitata a sovrapporre il proprio giudizio rispetto a quello – connotato da discrezionalità tecnica – espresso dalla commissione di gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del giudizio nei confronti di Agenzia delle Entrate e Ader, di L'Operosa S.p.a. e di Formula Servizi Società Cooperativa, che si liquidano nella somma pari ad euro 2000 ciascuna, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore