

Publicato il 18/06/2020

N. 03905/2020REG.PROV.COLL.
N. 00106/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 106 del 2020, proposto da

Ge.Se.R. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, n. 114;

contro

Azienda Sanitaria Locale (Asl) Roma 6, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Zito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina n. 26;

nei confronti

Regione Lazio, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 14287/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale (Asl) Roma 6;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti, con modalità da remoto, gli avvocati Francesco Antonio Caputo e Alberto Zito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ASL Roma 6 ha indetto con deliberazione del Direttore Generale del 4 giugno 2019 una procedura di gara per la concessione quadriennale del servizio distribuzione generi di ristoro attraverso distributori automatici da installare presso i Presidi ASL Roma 6.
2. La Geser srl, pregresso gestore del servizio attualmente in regime di proroga, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio il bando e gli altri atti costituenti la *lex specialis*, affidando il gravame ai seguenti tre motivi: 1)

violazione dell'art. 167, comma 1 del codice dei contratti pubblici, poiché il valore stimato della concessione non darebbe conto dei metodi di calcolo che l'hanno determinato; 2) violazione dell'art. 51 del medesimo codice, per l'assenza di motivazione sulla mancata suddivisione della concessione in lotti; 3) illegittimo richiamo, all'interno del disciplinare di gara, della previgente disciplina in materia di subappalto antecedente alla legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32.

3. Nel giudizio di prime cure si è costituita l'ASL Roma 6. La stessa ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, giacché le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente avrebbero dovuto essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo.

4. Il TAR, definitivamente decidendo sul ricorso, lo ha dichiarato inammissibile. Ad avviso del primo giudice è carente la prova in ordine all'impossibilità per il ricorrente di formulare un'offerta seria e consapevole, essendosi la difesa di Geser *“limitata – secondo quanto si evince da una attenta lettura del ricorso – ad una mera disamina delle singole ragioni di illegittimità degli indicati punti del bando senza in alcun modo evidenziare in quale misura, ed entro quali termini, siffatte ritenute illegittimità potessero negativamente incidere sull'esercizio della libertà negoziale (id est, capacità di formulare e dunque presentare una possibile offerta sotto ogni punto di vista) dell'impresa stessa”*.

5. La Geser srl ha proposto appello. A supporto del gravame ha dedotto tre motivi, tutti attenenti esclusivamente al profilo dell'asserito illegittimo richiamo all'interno del disciplinare di gara della previgente disciplina in materia di subappalto in punto di indicazione nell'offerta della terna dei subappaltatori (oggetto del terzo motivo di ricorso in primo grado). Non sono stati invece riproposti gli altri originari motivi.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 4 Giugno 2020.

7. Preliminarmente il Collegio rileva che la mancata riproposizione del primo e del secondo motivo dell'originario ricorso introduttivo equivale a implicita rinuncia agli stessi ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

8. Quanto al merito del gravame, l'appellante ritiene di aver subito una lesione immediata dalla clausola del bando relativa all'obbligo di indicazione della terna degli appaltatori (artt. 9 e 14.2 del disciplinare di gara) poiché essa avrebbe *“svilito ab origine la “capacità competitiva” dell'operatore economico”*

8.1. Il motivo non è fondato. E' principio generale che le clausole illegittime del bando debbano essere impuginate unitamente all'aggiudicazione a terzi, ossia quando è certo che le stesse hanno prodotto una lesione, concreta e attuale, al bene della vita al quale il ricorrente aspirava. La giurisprudenza ha precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti (per tutte Adunanza Plenaria n. 4/2018)

8.2. Possono farsi rientrare nel *genus* delle *“clausole immediatamente escludenti”* le fattispecie di: 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); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) clausole impositive di obblighi

contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

9. Nel caso di specie, a fronte della "*provocatio ad opponendum*" effettuata dal giudice di prime cure per il tramite della sentenza gravata, l'appellante precisa che "*avrebbe voluto subappaltare ...: - la gestione di attrezzature e macchinari per riciclo plastica e fondi caffè, dispenser acqua diretta e gratuita; - la rilevazione dati per "customer satisfaction" e apparecchiature video per informazioni agli utenti da applicare sui dispenser acqua; ed invero, non ha potuto farlo perché contra legem obbligata ad indicare la terna di subappaltatori. Di talché l'offerta della Ricorrente è stata svilita in nuce proprio perché non ha potuto reperire i subappaltatori (e né voleva esserne costretta)*".

10. Il Collegio è di diverso avviso. Premesso che la legittimità della clausola impugnata costituisce "il merito" delle censure spiegate, e che non può accedersi a siffatta valutazione se non dopo aver superato il filtro di ammissibilità in punto di sussistenza di una lesione concreta e attuale, deve ribadirsi che perché possa derogarsi all'ordinaria regola di impugnazione postergata del bando occorre che sia prospettata e comprovato che la clausola sospettata di illegittimità renda la partecipazione "incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile" (per citare la fattispecie più vicina al caso qui in esame).

10.1. L'obbligo di indicazione di tre subappaltatori in fase di gara, in relazione a servizi per i quali, tra l'altro, l'appellante espressamente dichiara di voler fare ampio ricorso al subappalto, costituisce la semplice anticipazione di un assetto progettuale da rendere esecutivo in caso di aggiudicazione della gara. Nessuna impossibilità o difficoltà, di livello tale da proibire o ostacolare severamente la partecipazione, sussiste.

11. L'appello è in conclusione respinto.

12. Avuto riguardo alla novità e peculiarità della questione, e alle difficoltà esegetiche ancora legate all'esatta individuazione dell'area delle clausole non espulsive, ma comunque comportanti incongrua difficoltà, tracciata della giurisprudenza, il Collegio ritiene comunque sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 tenutasi con modalità da remoto con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO