

Publicato il 21/08/2024

N. 15900/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01108/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1108 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A03C87C8C6, A03C884F5E, A03C88F874, A03C89A18A, A03C8A8D14, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Mario Di Carlo, Giulia Fabrizi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa, Anac Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Vodafone Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- di tutti gli atti della “gara a procedura aperta ai sensi del D.lgs. n. 36/2023 per la conclusione di un Accordo Quadro, per ogni lotto, avente ad oggetto servizi di gestione e manutenzione di sistemi IP e postazioni di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni – edizione 2 – ID Sigef 2648” (Lotto 1 - CIG A03C87C8C6; Lotto 2 - CIG A03C884F5E; Lotto 3 - CIG A03C88F874; Lotto 4 - CIG A03C89A18A; Lotto 5 - CIG A03C8A8D14), con particolare ma non esclusivo riguardo alla Determina a contrarre, al Bando, al Capitolato d'oneri, al Capitolato tecnico, allo Schema di Accordo Quadro; all'Allegato 16
 - Motivazioni del ribasso del costo della manodopera;
 - degli atti istruttori, verbali e/o documenti di data ed estremi non noti recanti (i) la quantificazione dei costi della manodopera indicati a pag. 22 del Capitolato d'Oneri in relazione ai cinque lotti di gara, (ii) il criterio e la metodologia utilizzata per tale quantificazione; nonché (iii) la quantificazione dei costi del personale impegnato nei servizi di natura intellettuale nonché l'incidenza dei predetti costi rispetto ai costi della manodopera;
- nonché, per quanto occorrer possa,
- del Bando tipo n. 1 – 2023 ANAC approvato con Delibera n. 309 del 27.06.2023 (doc. 7);
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, quando anche non conosciuto;
- nonché ove occorrer possa,
- per la disapplicazione
- dell'art. 119, co. 1, D.Lgs. n. 36/2023.

Per quanto riguarda i primi motivi aggiunti:

per l'annullamento

- dei chiarimenti pubblicati da Consip in data 1.02.2024 con particolare ma non esclusivo riguardo ai chiarimenti nn. 26, 27, 28 e 29;

Per quanto riguarda i secondi motivi aggiunti

per l'annullamento

- degli atti impugnati con il ricorso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Anac Autorita' Nazionale Anticorruzione, nonché l'intervento di Vodafone Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2024 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 18.1.2024 a mezzo pec alla Consip S.p.a. nonché all'Anac, ritualmente depositato il giorno 1.2.2024, la società ricorrente in epigrafe ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- di tutti gli atti della "gara a procedura aperta ai sensi del D.lgs. n. 36/2023 per la conclusione di

un Accordo Quadro, per ogni lotto, avente ad oggetto servizi di gestione e manutenzione di sistemi IP e postazioni di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni – edizione 2 – ID Sigef 2648" (Lotto 1 - CIG A03C87C8C6; Lotto 2 - CIG A03C884F5E; Lotto 3 - CIG A03C88F874; Lotto 4 - CIG A03C89A18A; Lotto 5 - CIG A03C8A8D14), con particolare ma non esclusivo riguardo alla Determina a contrarre, al Bando, al Capitolato d'oneri, al Capitolato tecnico, allo Schema di Accordo Quadro; all'Allegato 16

- Motivazioni del ribasso del costo della manodopera;

- degli atti istruttori, verbali e/o documenti di data ed estremi non noti recanti

(i) la quantificazione dei costi della manodopera indicati a pag. 22 del Capitolato d'Oneri in relazione ai cinque lotti di gara, (ii) il criterio e la metodologia utilizzata per tale quantificazione; nonché (iii) la quantificazione

dei costi del personale impegnato nei servizi di natura intellettuale nonché l'incidenza dei predetti costi rispetto ai costi della manodopera;

nonché, per quanto occorrer possa,

- del Bando tipo n. 1 – 2023 ANAC approvato con Delibera n. 309 del 27.06.2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto;

nonché ove occorrer possa, per la disapplicazione dell'art. 119, co. 1, D.Lgs. n. 36/2023, nei limiti dell'interesse azionato.

2. Con la presente iniziativa processuale, la ricorrente, relativamente al bando summenzionato, avversa le disposizioni della lex specialis con le quali la Consip ha disciplinato il ricorso al subappalto, stabilendo che la gara dovesse essere considerata labour intensive e che, per l'effetto, in applicazione dell'art.119, co.1 D.Lgs.n.36/2023 (terzo codice dei contratti pubblici), il ricorso al subappalto fosse ammissibile entro i corrispondenti limiti fissati dalla suddetta norma primaria (divieto di affidamento in subappalto della prevalente esecuzione delle prestazioni).

Fastweb, peraltro, ha partecipato al procedimento di gara e, stando alle informazioni fornite in ultimo dalle parti, non è ancora stato adottato il provvedimento di aggiudicazione o, comunque, di chiusura della procedura.

3. Il presente gravame veniva affidato ai motivi articolati nell'atto introduttivo del giudizio, tendenti, in via principale, all'annullamento in parte qua della lex specialis e, in via subordinata, alla disapplicazione, previa eventuale rimessione alla Corte di Giustizia Ue, dell'art.119, co.1 D.Lgs.n.36/2023, per contrasto con le disposizioni della Direttiva 2014/24/UE (rif. artt. 63 e 71 della Direttiva).

4. La Consip e l'Anac si costituivano in giudizio, in data 6.2.2024, per il tramite dell'Avvocatura Generale dello Stato, per resistere al ricorso.

5. Con successivi motivi aggiunti (primi motivi aggiunti), notificati a mezzo pec in data 4.3.2024 e depositati il 7.3.2024, la ricorrente adiva nuovamente

questo Tribunale, per l'annullamento dei chiarimenti pubblicati da Consip in data 1.02.2024 (con particolare ma non esclusivo riguardo ai chiarimenti nn. 26, 27, 28 e 29), confermativi dei limiti quantitativi applicabili al subappalto.

6. Seguivano:

- contributi difensivi a cura della difesa erariale, con espressa formulazione di eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, stante l'assenza di clausole impugnate che impediscono l'accesso alla gara ovvero la presentazione di un'offerta remunerativa da parte di Fastweb.

- atto di intervento ad opponendum di Vodafone Italia S.p.a., con adesione all'eccezione di inammissibilità del ricorso, per carenza di interesse.

7. Con ulteriori motivi aggiunti (secondi motivi aggiunti), da valere anche quale memoria di replica alle difese avversarie, notificati a mezzo pec in data 6.7.2024 e depositati in pari data, la ricorrente adiva nuovamente questo Tribunale, proponendo ulteriori ragioni a sostegno dell'impugnazione.

Fastweb sottometteva inoltre istanza di rinvio dell'udienza, sottolineando l'opportunità di attendere che la gara venga aggiudicata, così da trattare, eventualmente, la presente impugnazione unitamente a quella che (se del caso) Fastweb proporrà avverso l'aggiudicazione a terzi.

8. Seguivano ulteriori contributi difensivi a cura della difesa erariale e dell'intervenitrice, che palesavano opposizione alla richiesta di rinvio dell'udienza da parte di Fastweb, rinuncia ai termini a difesa rispetto alla proposizione dei secondi motivi aggiunti e, in conclusione, insistevano per l'inammissibilità del ricorso e, in ogni caso, per la reiezione.

9. All'udienza del giorno 17 luglio 2024 la causa veniva quindi trattenuta in decisione.

10. In via preliminare, il Collegio scruta la richiesta di Fastweb di rinvio dell'udienza, respingendola.

Al riguardo, si rileva che le argomentazioni palesate da Fastweb di rinvio (essenzialmente) per ragioni di opportunità (attendere l'adozione dell'aggiudicazione della procedura) non rappresentano un caso

“eccezionale”, in presenza del quale è legittimo il rinvio della trattazione ai sensi dell’art.73, co.1 bis, secondo periodo, cpa. Peraltro, potendo la controversia essere definita in rito, per quanto si dirà infra, e non essendo certi i tempi di definizione del procedimento selettivo, appare corretto definire la presente impugnazione non concedendo il richiesto differimento (anche in ragione dell’opposizione delle parti avverse), vieppiù senza contare che, in linea teorica, la gara potrebbe essere aggiudicata anche a Fastweb (partecipante) ovvero non essere aggiudicata affatto (ad es., nell’ipotesi in cui la stazione appaltante dovesse ritenere le offerte incongrue).

11. E’ fondata l’eccezione di inammissibilità del ricorso, per carenza di interesse concreto e attuale all’impugnazione, sollevata sia dalla difesa erariale che da quella dell’interveniente. Per converso, non sono convincenti le argomentazioni in senso contrario palesate, anche nel corso dell’udienza di trattazione, dalla difesa di parte ricorrente.

Fastweb ha impugnato il bando della gara in questione, pur avendo presentato offerta, nella misura in cui la lex specialis, in maniera asseritamente illegittima, ha (dapprima) reputato che l’Accordo Quadro rientrasse nella categoria dei contratti ad alta intensità di manodopera e, quindi, per necessaria coerenza con tale assunto, sottoposto l’Accordo stesso alla delimitazione quantitativa del ricorso al subappalto ex art.119, co.1 D.Lgs.36/2023. In via subordinata, laddove la valutazione della stazione appaltante fosse reputata corretta, è stata sottoposta al vaglio giudiziale la legittimità della predetta disposizione, per possibile contrasto con gli artt. 63 e 71 Direttiva 2014/24/UE, anche nell’interpretazione fattane dalla Corte di Giustizia Ue (cfr., in particolare, le sentenze Vitali, Tedeschi, Wroclaw, ecc.).

In merito alla possibilità di impugnare immediatamente il bando di gara, ritenendolo quindi ex se lesivo (a prescindere dall’atto applicativo successivo, ossia l’aggiudicazione a terzi), a partire dalla nota sentenza dell’Adunanza Plenaria n.3/2001 si è consolidato in giurisprudenza l’orientamento, da cui non v’è motivo per discostarsi, per cui, se di regola il bando diventa lesivo

solo a partire dall'adozione dell'atto applicativo sfavorevole, nondimeno è necessaria (in via di eccezione) l'impugnazione immediata ove si intenda contestare l'avvio in sé della gara, la portata escludente delle clausole illegittime (preclusive cioè dell'ammissione alla procedura concorsuale) ovvero l'impossibilità di formulare un'offerta seria e remunerativa (es. per l'incongruità della base d'asta, per l'impossibilità di realizzare il programma prestazionale, per l'abnormità degli oneri partecipativi, ecc; cfr., *quam multis*, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2018; Consiglio di Stato, 14.12.2023, n.10827).

In coerenza con tale logica, l'impugnazione immediata del bando richiede, in punto di interesse a ricorrere, “una dimostrazione rigorosa dei relativi presupposti; ciò tanto più nel momento in cui la ricorrente stessa abbia partecipato alla gara con un'offerta che è stata ammessa e valutata dalla stazione appaltante, ciò che costituisce un indice molto serio della portata non immediatamente escludente degli atti di gara” (da Consiglio di Stato, 17.7.2023, n.6948).

Nella fattispecie in esame, identica a quella scrutinata dalla sentenza del giudice d'appello da ultimo citata, al Collegio pare evidente che la contestata disciplina sui limiti fissati dalla *lex specialis* per il subappalto non abbia portata escludente, né ha in effetti precluso all'odierna ricorrente di parteciparvi e, potenzialmente, di conseguire l'aggiudicazione. Nondimeno, l'istituto del subappalto non afferisce alla partecipazione alla gara ma rappresenta una modalità (facoltativa per l'operatore che pure ne abbia dichiarato il ricorso in gara) di esecuzione dell'appalto (cfr., in tal senso, *quam multis*, Tar Palermo, 15.10.2021, n.2812), non venendo peraltro ad emersione in questa sede un'ipotesi di subappalto necessario (o qualificatorio). Vieppiù, la ricorrente non ha fornito in giudizio adeguata dimostrazione sulla correlazione fra limiti quantitativi al subappalto e impossibilità di presentazione di un'offerta competitiva, sia dal punto di vista economico che tecnico; in tal senso, si apprezzano favorevolmente le osservazioni critiche della difesa

dell'intervenitrice in merito alla previsione recata dall'art.119, co.12 D.Lgs.n.36/2023, secondo cui "il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale".

D'altra parte, invece, è la stessa parte ricorrente che ha affermato, nella nota del 5.4.2024, che "il proprio interesse all'aggiudicazione della gara sia prioritario rispetto all'interesse, pur sussistente ma subordinato, all'annullamento della procedura stessa".

La lesione lamentata dalla ricorrente è, in definitiva, del tutto eventuale, e si configurerebbe solo ove l'Accordo Quadro venisse aggiudicato a terzi (o non aggiudicato).

12. Per quanto precede, il ricorso, siccome integrato da motivi aggiunti, va dichiarato inammissibile, per carenza di interesse.

Le spese possono nondimeno venire compensate, tenuto conto della definizione esclusivamente in rito della presente controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e siccome integrato da motivi aggiunti, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Referendario

Igor Nobile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Igor Nobile

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO