

**REPUBBLICA ITALIANA  
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 3839 del 2017, proposto da:  
A. S.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. A. - P. C. S.r.l.,  
e P. C. S.r.l., in proprio e quale mandante della suddetta A.T.I., in persona dei  
rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Francesca  
Carcascio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Vella in Roma,  
via Gian Domenico Romagnosi, 1/B;

***contro***

AR. di P. T. S.r.l. - non costituita in giudizio;  
Azienda Unità Sanitaria Locale di (.....), in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio eletto presso il  
suo studio in Roma, piazza dell'Orologio N. 7;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER n.  
02706/2017, resa tra le parti, emessa in data 07.02.17 e pubblicata il successivo  
22.02.17, non notificata.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di (.....);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Valentino Viali su delega di Francesca Carcascio e Nicola Marcone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con avviso del 21 marzo 2016, la ASL (....) ha avviato un'indagine di mercato finalizzata all'individuazione di operatori economici interessati alla conclusione di un accordo quadro per l'esecuzione dei lavori di manutenzione edile degli immobili posti nella disponibilità dell'amministrazione precedente, per un valore complessivo di €. 600.000,00 e durata di sei mesi.

Essendo pervenute 227 manifestazioni di interesse, la ASL ha ritenuto di procedere ad un sorteggio per l'individuazione dei venti operatori da invitare alla successiva fase negoziata, da esperirsi ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016.

Il sorteggio - preceduto da un avviso pubblico del 10 maggio 2016 - è avvenuto in data 16 maggio 2016.

Delle venti ditte selezionate e invitate alla procedura negoziata con missiva del 7 giugno 2016, in quattordici hanno fatto pervenire la propria offerta entro il termine stabilito del 22 giugno 2016.

2. Le odierne appellanti costituite in A.T.I., A. S.r.l. e P. C. S.r.l. - già gestori uscenti del servizio in forza di un contratto scaduto al 30 novembre 2015 e prorogato sino al 31 luglio 2016 - pur avendo partecipato alla fase prodromica alla procedura negoziata, non sono risultate tra gli operatori sorteggiati.

Con il ricorso di primo grado, notificato nei confronti della sola amministrazione sanitaria, hanno impugnato gli atti della procedura ancora in itinere, ivi inclusi i relativi verbali, l'avviso di indagine, l'avviso di sorteggio e la lettera di invito.

Successivamente hanno esteso l'impugnativa nei confronti dell'atto di aggiudicazione intervenuto in pendenza del giudizio (in data 21 luglio 2016), e a tal fine hanno notificato i motivi aggiunti nei confronti della ASL di (.....) e dell'aggiudicataria AR. di P. T. S.r.l..

3. Le due parti intime, entrambe ritualmente costituite nel giudizio di primo grado, hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo, a tal fine rilevando il fatto che lo stesso non fosse stato notificato a nessuna delle 14 ditte selezionate che avevano presentato offerta, come da elenco pubblicato sul sito della ASL in data 29 giugno 2016.

4. Con ordinanza n. 5498 del 16 settembre 2016 il TAR, dando seguito all'eccezione sollevata in rito dalle resistenti, ha respinto l'istanza cautelare e, con sentenza n. 2706/2017, oggi appellata, ha dichiarato inammissibile il ricorso.

Nel valutare la posizione processuale delle ditte controinteressate, il giudice di primo grado ha posto in evidenza il loro interesse qualificato a mantenere inalterato il favorevole assetto di gara delineatosi a seguito del restringimento della platea dei concorrenti in gara; e, sul piano formale, ha ritenuto che tali soggetti fossero immediatamente individuabili come parti controinteressate, in quanto espressamente contemplati nell'impugnato verbale n. 2 del 29 giugno 2016.

5. Nell'impugnare la sentenza di primo grado, l'ATI appellante ha innanzitutto contestato le argomentazioni spese dal Tar in punto di inammissibilità del ricorso, richiamando il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in tema di appalti, non sussistono soggetti controinteressati in senso tecnico prima del provvedimento di aggiudicazione.

Nel merito, la parte appellante ha reiterato i motivi già dedotti in primo grado e non esaminati dal giudice di prime cure, ed in particolare:

a) la violazione degli artt. 35, 36, 63 e 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in quanto, all'unico scopo di poter ricorrere alla procedura negoziata, l'amministrazione procedente avrebbe strumentalmente qualificato l'oggetto

dell'appalto alla stregua di "lavori" e non di "servizi" di manutenzione: ciò al fine di renderne compatibile l'importo (pari ad €. 600.000,00) con la soglia di valore massimo fissata dal codice degli appalti per tale tipologia di affidamenti (pari ad un milione di euro ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 50/2016). La surrettizia qualificazione dell'appalto sarebbe evincibile, in particolare, dal confronto tra i primi avvisi di indagine di mercato e di sorteggio pubblico (rispettivamente in data 21.03.2016 e 10.05.2016), nei quali l'oggetto dell'appalto era indicato in termini di "servizi", e la successiva lettera di invito (del 07.06.2016), ove per la prima volta si è fatta menzione di "lavori";

b) la violazione dell'art. 53 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che il diritto di accesso agli atti della procedura negoziale è differito fino al momento del termine di scadenza previsto per la presentazione delle offerte. Nel caso di specie, tale disposizione, sebbene richiamata nell'avviso pubblico del 10.05.2016, sarebbe stata violata per effetto dell'allegazione alla lettera di invito del 07.06.2016 dell'elenco completo dei venti nominativi sorteggiati.

Quale ulteriore violazione del principio di trasparenza, buon andamento ed imparzialità, è stata eccepita l'assoluta incertezza dei criteri utilizzati per il sorteggio dei venti soggetti invitati a partecipare alla procedura negoziata. Ed infatti, nell'avviso di sorteggio pubblico del 10.05.2016 era previsto che gli operatori economici che avevano manifestato interesse a partecipare alla procedura negoziata, sarebbero stati sorteggiati su base anonima, mediante la numerazione assegnata secondo l'ordine di protocollazione al momento della presentazione dell'istanza; viceversa, all'atto dell'invio delle istanze di partecipazione, non sarebbe stato assegnato o comunque reso noto alcun numero di protocollazione;

c) l'eccesso di potere per disparità di trattamento e inosservanza della nota prot. n. 20518/2016 del 19.02.2016 del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero della Salute, in combinato disposto con il D.P.C.M del 24.12.2015.

Osserva la parte appellante che la procedura negoziata costituiva, nei programmi dell'amministrazione, una soluzione "ponte" in vista dell'attivazione di una gara aggregata a livello regionale, autorizzata con DCA U00443 del 21 settembre 2015.

Per la fase transitoria, una nota congiunta dei Ministeri dell'Economia e delle Finanze e della Salute (del 19.02.2016) indicava, come metodo di gestione temporanea del servizio, la stipula di un contratto a tempo con il precedente aggiudicatario del servizio.

Detta prescrizione, correttamente osservata in casi analoghi, sarebbe stata immotivatamente disattesa nel solo caso qui in esame, provocando un danno all'A.T.I. appellante, quale gestore uscente del servizio di manutenzione.

6. La causa, a seguito della costituzione in giudizio dell'ASL di (.....), che si è opposta con argomentate deduzioni alle istanze di controparte, è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 28 settembre 2017.

## DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che il pronunciamento di inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado, per la sua mancata notifica nei confronti di almeno uno dei controinteressati - individuati negli operatori selezionati mediante sorteggio e successivamente invitati alla procedura negoziata - vada riformato per un triplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, su un piano più squisitamente processuale, il giudice di primo grado, pur svolgendo una approfondita e motivata analisi dei principi in materia di formazione del contraddittorio nelle controversie in materia di appalti pubblici, ha mancato di considerare che il carattere largamente – e consapevolmente - innovativo delle affermazioni di principio enunciate ai fini della qualificazione della posizione in giudizio delle imprese invitate alla procedura negoziata, avrebbe giustificato la concessione d'ufficio, in favore della parte ricorrente, del beneficio della rimessione in termini, per errore scusabile determinato da motivi di

“incertezza su questioni di diritto”, giusta il disposto dell’art. 37 c.p.a e in conformità ai principi europei di tutela del legittimo affidamento dei privati a fronte di mutamenti sopravvenuti della giurisprudenza, tali da comportare una sostanziale innovazione del diritto vivente (cosiddetto *overruling*, secondo la terminologia fatta propria anche dalla Corte di cassazione a sezioni unite: sentenza 11 luglio 2011, n. 15144), allo scopo di mitigare gli effetti del “cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata”.

Dunque, la declaratoria di inammissibilità - pur maturata dal Tar nella corretta consapevolezza della peculiarità del caso trattato e della ponderata innovatività della soluzione accolta – non appare condivisibile innanzitutto nella parte in cui l’effetto di preclusione alla tutela giurisdizionale che ne è derivato in danno della parte ricorrente, non ha trovato opportuna mitigazione nelle forme consentite dal codice del processo e attivabili d’ufficio, anche secondo gli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia dell’Unione europea e i canoni del giusto processo di derivazione CEDU.

2. Nondimeno, la pronuncia di inammissibilità del ricorso, pur attentamente argomentata dal TAR, non appare condivisibile neanche nel merito.

2.1. In premessa occorre ricordare che la nozione di controinteressato al ricorso, come costantemente declinata in giurisprudenza, si fonda sulla simultanea sussistenza di due necessari elementi: quello formale, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato, tale da consentirne alla parte ricorrente l’agevole individuazione; e quello sostanziale, derivante dall’esistenza in capo a tale soggetto di un interesse legittimo uguale e contrario a quello fatto valere attraverso l’azione impugnatoria, e cioè di un interesse al mantenimento della situazione esistente - messa in forse dal ricorso avversario - fonte di una posizione qualificata meritevole di tutela conservativa.

2.2. Ciò posto, se tra le posizioni processuali del ricorrente e del controinteressato esiste una relazione speculare e simmetrica, essa va indagata sul parametro dell’atto

impugnato, poiché è rispetto ad esso che i contendenti coltivano opposte aspettative alla sua caducazione (il ricorrente) e alla sua conservazione (il controinteressato), correlate al riflesso pregiudizievole o vantaggioso che le stesse parti ne risentono nella propria sfera giuridica.

2.3. In via di ulteriore consecuzione logica, se l'atto esposto a gravame costituisce il collettore degli interessi in conflitto, dello stesso occorre prendere in considerazione i soli effetti immediati e diretti, prescindendo dai mutamenti conseguenti a successive e separate statuizioni dell'amministrazione, destinate a intervenire nel corso del procedimento e, rispetto alle quali, solo ex post potrebbero emergere ulteriori posizioni di interesse (ex ante non prefigurabili se non in via del tutto ipotetica e potenziale).

2.4. La ricaduta applicativa di tali premesse concettuali induce a osservare che, nel caso di specie, l'impugnativa di primo grado è stata indirizzata nei confronti di una duplice serie di atti: a) i provvedimenti di indizione della procedura negoziata, contestati con censure volte a dimostrare la radicale insussistenza, sotto diversi profili, dei presupposti che avrebbero potuto giustificare il ricorso a tale modalità di affidamento; b) le operazioni di sorteggio delle ditte da invitare alla successiva negoziazione, in relazione alle quali la parte ricorrente ha lamentato la "incertezza" dei criteri.

2.5. Ora, rispetto alla prima serie di atti impugnati (inerenti l'indizione della procedura negoziata), è certamente ammissibile che la parte ricorrente se ne ritenga lesa e li contesti, trattandosi di determinazioni che, rispetto alle soluzioni alternative prospettate in ricorso (ovvero l'affidamento in proroga del servizio e la procedura aperta) hanno certamente determinato una obiettiva limitazione delle chances del concorrente escluso (nonché gestore uscente del servizio) di accedere al bene agognato.

D'altra parte è pacifica, in base ai principi di libera concorrenza, di legalità e di buon andamento dell'azione amministrativa, la legittimazione dell'impresa operante

in un dato settore economico ad impugnare il provvedimento con cui l'amministrazione abbia disposto la stipula di un contratto a trattativa privata, in luogo della celebrazione di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente (Cons. Stato, sez. V, 14.5.2003, n. 2580; 7.5.2001, n. 2541; 19.3.1999, n. 292; 23.4.1998, n. 475; 22.3.1995, n. 454; 18.1.1984, n. 49).

2.6. Rispetto alla stessa serie di atti inerenti l'avvio della procedura negoziata, non si configurano, al contrario, terzi "controinteressati", soggetti cioè che, dall'agire dell'amministrazione, possano avere tratto un vantaggio immediato, attuale e diretto.

2.7. Tanto si afferma in coerenza con l'altrettanto pacifico assunto secondo cui, nelle ipotesi di impugnativa diretta del bando, non sono ravvisabili soggetti controinteressati, in quanto le disposizioni inserite nella legge di gara presentano un contenuto "neutro" e improduttivo di effetti diretti, nel triplice senso che esse: a) intervengono allorché la platea dei concorrenti non è ancora definita; b) definiscono regole meramente "procedurali"; c) disciplinano modalità di gestione della selezione che solo nel loro successivo svolgimento – e quindi in via mediata e indiretta – potranno rivelare riflessi applicativi di maggiore favore o sfavore nei confronti di taluno dei concorrenti in gara.

2.8. Una volta esclusa la sussistenza di soggetti controinteressati rispetto alla impugnativa degli atti di indizione della procedura negoziata, si tratta di svolgere la medesima verifica in relazione all'impugnativa degli atti inerenti la fase procedimentale del sorteggio.

Scomponendo l'intreccio di determinazioni che si inseriscono in tale segmento procedimentale, occorre distinguere la definizione delle "regole del sorteggio" quale momento logicamente e cronologicamente antecedente a quello dell'effettivo "svolgimento del sorteggio".

2.9. Ora, i criteri che regolamentano la conduzione del sorteggio presentano un contenuto "neutro" del tutto analogo a quello che viene riconosciuto alle regole

del bando, in quanto definiscono le modalità con le quali si fa luogo all'estrazione dei nominativi, senza alcuna implicazione di effetti diretti (favorevoli o pregiudizievoli) nella sfera giuridica dei concorrenti.

Similmente, nel caso di specie la parte ricorrente si è limitata a lamentare nulla più della "incertezza" dei criteri di sorteggio, senza addurre alcun elemento contenutistico in grado di alterare il loro connotato di "neutralità".

2.10. Sempre con riguardo al caso di specie, occorre ancora osservare che la posizione di vantaggio ravvisata dal Tar in capo ai soggetti controinteressati è venuta a determinarsi, a ben vedere, solo nel momento e per effetto degli "esiti" del sorteggio, e quindi in una fase del procedimento logicamente e cronologicamente successiva alla "statuizione" dei criteri di sorteggio.

2.11. Il punto è di rilievo, in quanto consente di chiarire che la determinazione che la parte ricorrente contesta come lesiva della propria sfera giuridica (il criterio di sorteggio incerto), non coincide con il successivo atto procedimentale (l'espletamento del sorteggio) che è risultato profittevole per la sfera giuridica dei terzi. Vi è quindi una discrepanza logico-temporale tra i due momenti procedimentali in relazione ai quali sono maturati opposti interessi: e, in una situazione siffatta, deve ritenersi mancante il presupposto essenziale dello schema di individuazione del soggetto controinteressato, essendo detto schema riscontrabile - come già esposto - solo a fronte di un unico atto, oggetto di opposte istanze caducatorie e conservative, simultaneamente foriero di immediati riflessi, pregiudizievoli per una parte (ricorrente) e vantaggiosi per un'altra (controinteressata).

3. La tesi accolta dal giudice di primo grado si presta ad essere confutata, infine, sotto un terzo ed ultimo profilo.

3.1. Come si è detto, la motivazione della sentenza impugnata attribuisce rilievo alla significativa chance di avanzamento nella procedura di gara determinatasi in capo alle ditte rimaste in gara all'esito del sorteggio. Una situazione, questa, apprezzabile

per essere maturata in un contesto di mercato particolarmente conteso (confermato dal numero elevato di soggetti che avevano risposto all'avviso di mercato) e attraverso un sensibile decremento della platea degli operatori in lizza.

3.2. Ciò che viene elevato dal giudice di primo grado a posizione giuridica qualificata e meritevole di tutela è, dunque, l'interesse del concorrente a vedere ridimensionato il numero dei suoi potenziali competitori e, quindi, a conservare intatte le accresciute chances di aggiudicazione finale.

3.3. Senonché, l'interesse legittimo in materia di appalti pubblici, nella sua duplice variante pretensiva ed oppositiva, è tradizionalmente correlato al conseguimento o al mantenimento dell'utilità finale della stipula del contratto con la p.a.; sicché, sussiste l'interesse oppositivo solo in capo al soggetto che, avendo conseguito l'aggiudicazione, ne rivendica la conservazione e in tal senso agisce nelle sedi appropriate (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2012 n. 6389; V, 2 febbraio 2012 n. 569; IV, 10 maggio 2011 n. 2768; VI, 5 agosto 2010 n. 5334).

3.4. Figure alternative di interesse qualificato, nel settore normativo de quo, non ne esistono, e tanto è confermato dal fatto che:

a) in ipotesi di impugnazione di un provvedimento di esclusione, non è ravvisabile la qualità di controinteressato in capo ad alcuno dei candidati ammessi. Non solo costoro non sono portatori di una legittima aspettativa alla contrazione del confronto concorrenziale – posizione soggettiva di cui non si ravvisano indici normativi; ma, al contrario, sussiste un primario interesse pubblico, che connota tutta la disciplina di settore, alla più ampia partecipazione alla procedura selettiva in vista della più efficace selezione dei migliori concorrenti (cfr., ex multis, C.d.S., sez. III, 10.3.2015, n. 1232; sez. V, 13.12.2012 n. 6389; 2 febbraio 2012 n. 569; 25.03.2002 n. 1687; sez. IV, 27.4.2012, n. 2467; 10.5.2011 n. 2768; sez. VI, 9.2.2011, n. 886; 5.8.2010 n. 5334);

b) la stessa qualità di concorrente non aggiudicatario è inidonea a configurare una posizione di controinteressato contraddittore necessario, anche nel contesto di

impugnative finalizzate all'annullamento e alla riedizione della procedura stessa (come già esposto). Tanto la giurisprudenza sostiene in quanto il mero partecipante alla gara, dall'accoglimento del gravame non subirebbe alcun pregiudizio della sua posizione giuridica, così come, al contrario, dall'eventuale rigetto del gravame non muterebbe alcun consolidamento della sua situazione giuridica (T.A.R. Basilicata, sez. I, 17.5.2010, n. 280);

c) similmente, anche se il bando di gara o l'esclusione vengono impugnati in un momento in cui sono già state presentate domande di partecipazione, non per questo solo fatto si considerano controinteressati coloro che hanno presentato domanda di partecipazione e sono stati ammessi alla gara, proprio perché dal bando o dall'esclusione altrui essi non ricavano un vantaggio immediato e diretto, ma solo il vantaggio strumentale di potere partecipare alla gara, ovvero di potervi partecipare con un minor numero di concorrenti (Cons. Stato Sez. VI Sent., 2.3.2009, n. 1188);

d) sinanche la posizione di aggiudicatario provvisorio, essendo precaria e non definitiva, non è ritenuta tale da integrare un "controinteresse" rilevante ai fini dell'ammissibilità del ricorso introduttivo.

3.5. A tale principio si fa eccezione nel solo caso di ricorso presentato dal concorrente escluso dalla gara, allorquando l'esclusione e l'aggiudicazione provvisoria siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, solo in tal caso ravvisandosi il qualificato interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conservazione dell'atto di esclusione (e, conseguentemente, di aggiudicazione) per avere egli un interesse opposto a quello dell'escluso, già consacrato da una scelta, sia pure provvisoria, dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 18.6.2015, n. 3126; sez. V 27.5.2011, n. 3193; sez. VI, 2.5.2011, n. 2580; 3.9.2014, n. 4494; 8 luglio 2010, n. 4437; 10 marzo 2003, n. 1271; 10 ottobre 2002, n. 5453).

3.6. Tornando alla vicenda per cui è causa, dalle premesse sin qui svolte deve ricavarsi che la posizione dei soggetti selezionati per partecipare alla procedura

ristretta in nulla differisca, ai fini che qui interessano, dalla condizione dei concorrenti che abbiano superato la fase di ammissione ad una procedura aperta: in entrambi i casi - a dispetto del forte elemento suggestivo indotto dalla sensibile contrazione numerica delle ditte sorteggiate - è identica l'aspettativa a non vedere compromesso l'esito della prima fase di accesso alla gara ed analogo è il vantaggio fattuale che deriva dall'estromissione dei terzi potenziali concorrenti. In entrambe le ipotesi considerate, dunque, vengono in rilievo meri interessi di fatto, non apprezzabili come posizioni di interesse legittimo secondo gli indici di qualificazione desumibili dal tessuto normativo di riferimento.

3.7. Per tutte le ragioni esposte, acclarata la regolare introduzione del giudizio nell'osservanza del disposto dell'art. 41 c.p.a., deve farsi luogo alla disamina nel merito delle censure non scrutinate in primo grado e riproposte nell'atto di appello.

4. Con il primo motivo, dunque, la parte ricorrente ha sostenuto che la procedura negoziata non sarebbe stata espletata legittimamente, poiché essa riguarda un appalto di servizi, la cui soglia di affidamento mediante procedura negoziata (pari ad €. 209.000,00, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c) d.lgs. 50/2016), è ampiamente inferiore al valore licenziato negli atti di gara (€. 600.000,00). Detto valore si pone al di sotto della soglia di € 1.000.000,00, entro la quale, ai sensi dell'art. 122, comma 7, del d. lgs. 163/06 e dell'art. 36, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/16, è ammesso il ricorso alla procedura negoziata per l'aggiudicazione di appalti di lavori; ma al contempo si pone al di sopra della soglia (pari ad €. 209.000,00) entro il cui limite l'art. 35, comma 1, lett. c) d.lgs. 50/2016), ammette l'affidamento di servizi mediante procedura negoziata.

4.1. A parere del Collegio, le deduzioni svolte in ricorso al fine di qualificare il contratto come "appalto di servizi" risultano contraddette, in punto di fatto, dai plurimi dati contenutistici che, al contrario, paiono connotare l'affidamento quale "appalto di lavori", alla stregua di entrambi i criteri di qualificazione (qualitativo-

funzionale e quantitativo-economico) fissati dalla disciplina di settore (cfr. art. 28 del d.lgs. 59/2016 art. 14 del d.lgs. 163/2006).

Si consideri in tal senso che:

- il capitolato all'art. 4.1 descrive il contenuto prevalente delle prestazioni nella realizzazione di opere murarie, manifatturiere o artigiane;
- al parametro della esecuzione di "opere" sono ragguagliate le ulteriori disposizioni del capitolato afferenti la misurazione dei lavori (art. 11.5), la loro esecuzione a regola d'arte e i conseguenti profili di responsabilità dell'impresa affidataria (art. 11.2);
- sempre il capitolato speciale evidenzia, ai fini della quantificazione degli importi dell'appalto, una netta prevalenza dei lavori di manutenzione edile, quantificati in € 432.000,00, sulle prestazioni di "servizio" di presidio e reperibilità, quantificate in € 150.000,00 (art. 4);
- la stima di queste ultime prestazioni, peraltro, si colloca comunque al di sotto della soglia comunitaria prevista per l'affidamento con procedura negoziata degli appalti di servizi (art. 35, comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016);
- nell'avviso di indagine di mercato che ha dato avvio alla procedura negoziata, gli unici requisiti di qualificazione richiesti consistevano nell'attestazione SOA per le categorie OG1 (edifici civili e industriali) (ribadita anche nella successiva lettera di invito) e OS 6 (finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi).

4.2. Per contro, non appare dirimente alcuno degli elementi portati dalla parte appellante a sostegno della propria tesi:

- tale non è, innanzitutto, la forma terminologica "servizi" presente nell'avviso di indagine di mercato (e superata nella lettera d'invito, che fa uso dell'espressione "lavori di manutenzione"), in quanto su di essa appare prevalente il dato sostanziale della connotazione di tali servizi come attinenti alla "manutenzione edile" (si veda il già richiamato art. 4 del capitolato);

- neppure rilevante appare la previsione, contenuta all'art. 1 del capitolato speciale, del servizio di presidio di personale permanente e di reperibilità e pronta disponibilità, attesa l'assoluta prevalenza quantitativa ed economica, di cui si è già dato conto, dei lavori di manutenzione edile sulle prestazioni di servizi;

- l'asserita assenza di riferimenti, nel contratto aggiudicato, alla figura del direttore dei lavori, è contraddetta dai plurimi passaggi del capitolato speciale nei quali tale ruolo direzionale viene preso in considerazione (artt. 2, 3, 5, 8, da 11 a 20);

- la mancata elaborazione di un progetto esecutivo si giustifica in ragione del fatto che la procedura era indirizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'esecuzione dei lavori di manutenzione edile di tutti gli immobili posti nella disponibilità della ASL di (.....), "non predeterminati, ma indispensabili secondo le necessità manutentive ordinarie e straordinarie e di conservazione .." (art. 1 capitolato). Sul punto il capitolato prevede che "gli interventi ..saranno determinati, (in numero e specie) nell'arco temporale di durata dell'Accordo Quadro in seguito alle necessità specifiche dell'Azienda USL di (.....)" (art. 1 capitolato speciale).

- sempre nel senso della non necessità del progetto esecutivo depone l'art. 105 comma 1 del d.P.R. 207/2010 (ratione temporis applicabile alla fattispecie, per quanto tra breve si dirà), nella parte in cui stabilisce che "l'esecuzione dei lavori può prescindere dall'avvenuta redazione ed approvazione del progetto esecutivo qualora si tratti di lavori di manutenzione, ad esclusione degli interventi di manutenzione che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere". La previsione normativa è aderente al caso di specie, in quanto dalle disposizioni del capitolato speciale d'appalto non si evincono interventi di natura strutturale, come tali non potendosi intendere le generiche "opere murarie" indicate al punto 4.1..

4.3. Deve essere respinta anche l'ulteriore deduzione secondo cui la procedura negoziata non sarebbe sorretta dall'urgenza che la legittimerebbe ai sensi dell'art.

63 del d.lgs. n. 50/2016. In realtà, i presupposti applicativi dell'art. 36 sono autonomi rispetto a quelli dell'art. 63, come reso evidente sia dalla recente espunzione dall'art. 36 di ogni riferimento testuale all'art. 63 (a seguito dei correttivi introdotti con il d.lgs. 56/2017); sia dalle indicazioni rese in tal senso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere 13.9.2016 n. 1903 (cfr. punto 5).

Resta da aggiungere che la procedura negoziata è stata preceduta da un avviso esplorativo pubblicato in epoca antecedente alla data di entrata del d.lgs. n. 50/2016 (19 aprile 2016); sicché ad essa continuano a doversi applicare le disposizioni del d.lgs. 163/2016 (si vedano in tal senso le Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, rese con il Comunicato ANAC in data 11 maggio 2016).

Ciò posto, l'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a un milione di euro, richiama le sole regole procedurali della procedura negoziata senza bando (articolo 57, comma 6) e non l'intero art. 57 (corrispondente all'attuale art. 63) nella totalità dei suoi presupposti sostanziali (ivi compresa, tra questi, l'urgenza dell'affidamento). Dunque, anche sotto questo profilo, l'argomentazione di parte ricorrente deve ritenersi infondata.

5. Con il secondo motivo, si è lamentata la violazione dell'art. 53 del d.lgs. 50/16, nella parte in cui stabilisce che non possa rendersi noto l'elenco delle ditte invitate alla procedura negoziata prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

5.1. La censura è stata correttamente confutata dalla parte resistente, sia sul piano della sua inammissibilità per carenza di interesse ad agire, in quanto proveniente da soggetto non invitato alla procedura negoziata, quindi estraneo alla fase procedurale affetta dalla supposta violazione della riservatezza; sia sul piano dei suoi presupposti in fatto, viste le documentate e non contestate allegazioni della

ASL dalle quali risulta che l'elenco degli invitati è stato unito alla lettera d'invito soltanto all'atto della sua pubblicazione avvenuta il 29 giugno 2016 (doc. 8 fasc. resist.), allorché era scaduto il termine per la presentazione delle offerte (22 giugno 2016); mentre le lettere d'invito diramate il 7 giugno 2016 erano prive dell'allegato elenco delle ditte, e ciò proprio per rispettare il differimento dell'accesso tipico delle procedure ristrette e negoziate (doc. 4 fasc. resist.).

5.2. L'ulteriore rilievo inerente l'assenza di misure di trasparenza nei criteri di espletamento del sorteggio delle 20 ditte tra le 227 che avevano espresso manifestazione d'interesse, appare affetto da genericità e inconferenza.

Secondo quanto emerge dal verbale del 16.5.2016, le manifestazioni d'interesse hanno preso il numero di protocollo connesso al loro rispettivo ricevimento e, in forma anonima, sono state sottoposte al pubblico sorteggio. Ciò posto, non è dato comprendere - né la parte appellante lo chiarisce - sotto quale profilo l'operato dell'amministrazione mostrerebbe carenze sul piano della trasparenza e della imparzialità dei criteri di conduzione della procedura.

6. Non diversa valutazione di infondatezza deve esprimersi con riguardo al terzo motivo, con il quale si è sostenuto che - nelle more della gara centralizzata - l'ASL (.....), in osservanza della nota congiunta dei Ministeri dell'Economia e della Salute del 19 febbraio 2016 n. 20518/16, avrebbe dovuto stipulare un "contratto ponte" esclusivamente con il gestore uscente (nella specie la stessa A.T.I. A.).

6.1. Sul punto è sufficiente osservare - impregiudicata ogni ulteriore considerazione in ordine alla effettiva vincolatività di tale nota - che la proroga del contratto in corso è solo una delle possibilità astrattamente contemplate nell'atto di indirizzo interministeriale, e che tra di esse è fatta menzione anche della procedura negoziata. Dunque, la stipula del contratto in proroga non costituiva soluzione necessitata e inderogabile.

6.2. Peraltro, la nota in questione si esprime in termini perentori unicamente in merito all'obbligo di acquisizione di beni e servizi mediante l'attivazione di

procedure aggregate. Viceversa, con riguardo alla gestione della fase transitoria di inoperatività dei soggetti aggregatori, il documento suggerisce soluzioni non vincolanti, esprimendosi in termini “possibilistici” (“in assenza di iniziative attive ... è possibile ricorrere alle seguenti fattispecie”) e di mero rinvio alle pertinenti disposizioni del codice appalti.

6.3. L'ulteriore rilievo di disparità di trattamento, dedotto con riferimento ad analoghe situazioni nelle quali la ASL si sarebbe orientata per la stipula di contratti-proroga con il gestore uscente, non è stato supportato da una compiuta dimostrazione della piena omogeneità delle posizioni poste a confronto, profilo, questo, specificamente contestato dalla parte resistente e non assumibile, pertanto, come pacifico.

7. Per i motivi sin qui esposti, le censure svolte con il ricorso di primo grado devono essere respinte in quanto infondate.

8. Ai fini della regolamentazione delle spese di lite, si ritiene opportuno disporre la compensazione per entrambi i gradi di giudizio, tenuto conto della peculiarità della vicenda e della natura in buona parte interpretativa delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, pertanto, pronunciando sul ricorso di primo grado, lo respinge.

Spese di lite compensate in entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE  
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE  
Marco Lipari

IL SEGRETARIO