

Pubblicato il 04/09/2017

N. 09528/2017 REG.PROV.COLL.
N. 04087/2017 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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4087 del 2017, proposto da:

EXITONE S.p.a., in persona del rappresentante legale *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Vinci e Federico Tedeschini ed
elettivamente domiciliata presso lo Studio del primo dei suindicati difensori
in Roma, Viale Parioli, n. 59;

contro

il MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITA' CULTURALI E DEL
TURISMO, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge
in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

per l'annullamento

- del bando di gara del Ministero dei beni e delle attività culturali e del
turismo pubblicato il 28 marzo 2017 sulla GU 5^ serie speciale-contratti
pubblici n. 39 del 3 aprile 2017 relativo alla procedura ad evidenza pubblica
avente ad oggetto "Gara d'appalto, ai sensi del D.L.gs. 50 del 18.4.2016,

con procedura aperta (art. 60, comma 1), per l'affidamento dei servizi di governance dei sistemi di prevenzione integrati relativi a: sicurezza e salute nei luoghi di lavoro; sistema certificativo connesso; gestione delle emergenze connessa al rischio antropico, alla vigilanza, all'accoglienza e alla fruizione del patrimonio culturale per una durata di 36 mesi ed un importo previsto pari ad € 14.331.177,00 oltre IVA”;

- di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compreso il disciplinare ed il capitolato di gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e i documenti prodotti;

Vista la nomina di un secondo difensore per la Exitone;

Esaminate le ulteriori memorie depositate in giudizio;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2017 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Verificata la sussistenza dei presupposti per procedere a definire il giudizio con una decisione in forma semplificata *ex* artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Premette la Exitone S.p.a. che, con bando di gara pubblicato il 3 aprile 2013, la centrale di committenza delle pubbliche amministrazioni Consip S.p.a. aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di una convenzione avente ad oggetto i servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro presso le Pubbliche amministrazioni. Puntualizza la Exitone che la gara venne suddivisa in sei lotti con criterio geografico per un importo complessivo di € 110.000.000,00, IVA esclusa e che era stata prevista una durata della convenzione pari ad un biennio, con

eventuale proroga di un anno.

Soggiunge la società odierna ricorrente che in data 9 dicembre 2015 i lotti n. 1 (Regioni Valle d'Aosta, Piemonte, Lombardia e Liguria), n. 4 (Regioni Lazio ed Abruzzo) e n. 6 (Regioni Basilicata, Calabria e Sicilia) venivano aggiudicati dalla Consip al raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Exitone, quale impresa mandataria e dalla Studio Alfa S.r.l., in qualità di impresa mandante. Conseguentemente, in data 3 marzo 2016, il predetto raggruppamento temporaneo di imprese e la Consip sottoscrivevano la relativa convenzione (per l'affidamento dei servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro presso le Pubbliche amministrazioni).

2. - Denuncia la ricorrente che il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (d'ora in poi, per brevità, MIBACT) sebbene sia operante la suddetta convenzione, ha manifestato a più riprese la volontà di non aderirvi intendendo procedere a selezionare autonomamente l'appaltatore al quale affidare l'esecuzione degli stessi servizi ricompresi nella citata convenzione, motivando tale scelta in ragione di una presunta valutazione di maggiore convenienza economica del ricorso al gestore uscente, ma espressa in un periodo in cui non era ancora disponibile la ridetta convenzione. Precisa la Exitone che, sostanzialmente, il MIBACT, piuttosto che aderire alla convenzione stipulata da Consip, ha preferito optare per un regime di proroga in favore del gestore uscente fino alla data del 31 dicembre 2016, nell'ottica della successiva indizione di una nuova ed autonoma procedura di gara (in questo senso alla pagina 3 del ricorso).

Lamenta la Exitone di avere contestato la scelta ministeriale, già con riferimento alla seconda parte dell'annualità 2016 (affidata in regime di proroga al gestore uscente), trasmettendo diverse missive al Ministero ed invitandolo "a riformulare la valutazione di convenienza economica attraverso una più attenta comparazione tra la gestione uscente e le

condizioni (migliorative) contenute nella nuova Convenzione, resasi nelle more disponibile (...)” (così, testualmente, alle pagg. 3 e 4 del ricorso).

Riferisce la odierna ricorrente che nel frattempo, una volta decorso il periodo di efficacia della proroga disposta in favore del gestore uscente, essa richiedeva al MIBACT l’ostensione dei documenti relativi a tutti gli atti inerenti l’affidamento dei servizi in questione per l’annualità 2017 nonché tutti gli eventuali atti prodromici all’indizione della procedura di gara. Afferma la ricorrente che sino al momento della proposizione del presente ricorso il MIBACT non aveva evaso la richiesta di accesso documentale, tanto che la Exitone ha proposto ricorso giurisdizionale ex artt. 116 c.p.a.

3. - Contesta, infine, la ricorrente che il MIBACT, in data 28 marzo 2017, ha pubblicato il bando di gara per l’affidamento del servizio in questione, di talché la Exitone si trova costretta ad impugnarlo in sede giurisdizionale per chiederne l’annullamento in quanto illegittimo.

Con un unico e complesso motivo di gravame la ricorrente indica le patologie che affliggerebbero il bando di gara, segnalando in particolare che:

a) in primo luogo il MIBACT, quale amministrazione pubblica centrale, è obbligata ad aderire alle convenzioni stipulate da Consip S.p.a. contribuendo così a rendere effettivo il programma di razionalizzazione degli acquisti affidato alla centrale di committenza statale. D’altronde tale obbligo non discende solo dall’esplicito dettato normativo delle fonti primarie che regolamentano il settore a cominciare dall’art. 26 della l. 488/1999 per giungere fino all’art. 11 del d.l. 98/2011, ma anche da disposizioni interne alle amministrazioni statali e nello specifico dalla circolare congiunta del Dipartimento dell’amministrazione generale del personale e dei servizi e del Dipartimento della ragioneria generale dello Stato del Ministero dell’economia e delle finanze del 25 agosto 2015, nella quale è ribadito con nettezza il suindicato obbligo “generalizzato in capo

alle Amministrazioni dello Stato di approvvigionarsi facendo ricorso alle convenzioni della Consip per qualunque categoria merceologica (...);

b) sotto altro profilo l'illegittimità della scelta operata dall'amministrazione risiederebbe anche nella posizione differenziata, quale soggetto convenzionato con Consip, vantata da Exitone, tenuto conto del gravissimo e diretto nocumento provocato dalla scelta espressa dal MIBACT e soprattutto della circostanza che l'offerta presentata (a suo tempo) nel corso della procedura di gara bandita da Consip "è stata definita e ponderata sulla base della stima delle esigenze di fabbisogno di approvvigionamento anche, e soprattutto, delle Amministrazioni Generali dello Stato ed in particolare dei Ministeri" (così, testualmente, a pag. 7 del ricorso).

Tali profili di censura recano anche le ragioni in virtù delle quali sussiste un interesse peculiare della Exitone ad impugnare il bando di gara, atteso che il Ministero già con l'avvio della procedura selettiva, non aderendo illegittimamente alla convenzione Consip per i servizi posti a gara, provoca una grave ripercussione all'interno dell'impianto organizzativo della Exitone "improntato dall'operatore economico aggiudicatario della Convenzione con gravi conseguenze in ordine alla congruità e alla relativa sostenibilità dei prezzi offerti" (così ancora, testualmente, a pag. 7 del ricorso).

Da qui la richiesta di annullamento dell'atto impugnato.

4. – Si è costituito in giudizio, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, il MIBACT contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo il rigetto del gravame.

In via preliminare l'amministrazione resistente eccepisce la inammissibilità del ricorso in quanto Exitone era a conoscenza del deciso intendimento del MIBACT di non aderire alla convenzione Consip e, quindi, di bandire una autonoma procedura per l'affidamento della commessa pubblica in

questione, fin da quando, con puntualità e completezza, il Ministero aveva fornito formale risposta alla Exitone con riguardo alle note di chiarimenti ed invito ad aderire alla convenzione formulati per ben tre volte dalla società medesima.

Infatti il MIBACT con le note del 16 novembre 2016, 28 dicembre 2016 e 9 febbraio 2017, tutte depositate in giudizio, aveva espresso con chiarezza ed in modo significativamente circostanziato, ad altrettante richieste di chiarimento (e di invito di procedere comunque ad aderire alla convenzione in essere) che erano pervenute dalla Exitone, la scelta che aveva maturato di non procedere all'adesione alla convenzione, declinando puntualmente le ragioni di tale strategica conclusione.

Non avendo impugnato la società ricorrente le suindicate note, che peraltro trovano nel bando di gara la loro inevitabile conseguenza amministrativa, il gravame nei confronti di tale ultimo atto di appalesa inammissibile.

5. – La Exitone ha replicato all'eccezione sollevata, ritenendola infondata perché l'unico atto impugnabile, nel confronto tenutosi nei mesi da novembre 2016 a febbraio 2017 con il MIBACT, è proprio costituito dal bando di gara in quanto le note sopra richiamate erano prive del carattere di definitività e si concretavano in atti endoprocedimentali, quindi non impugnabili *ex se*.

Le parti in controversia hanno depositato memorie anche di replica confermando le già rassegnate conclusioni di segno opposto.

Alla udienza pubblica del 18 luglio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. – L'eccezione sollevata dalla difesa erariale coglie nel segno ed il ricorso proposto va quindi dichiarato inammissibile.

Risulta in atti che la Exitone con una prima missiva (prot. n. EX/590/16) del 16 novembre 2016, inviata alla Direzione generale organizzazione del MIBACT:

a) riferiva che “Solo in data 4 novembre 2016, il MIBACT, nella persona del Dirigente della Direzione Generale Organizzazione, Servizio I — "Affari generali, innovazione e trasparenza organizzativa", ha riscontrato il Fornitore prescelto da Consip S.p.A. precisando che "... non avendo riscontrato la convenienza ad accedere nuovamente ai servizi in convenzione e ravvisata la opportunità di definire un progetto specifico rispondente alle particolari caratteristiche degli istituti, del patrimonio culturale e dei servizi erogati dal Ministero, i competenti uffici sono stati incaricati di elaborare un articolato documento finalizzato a indire una procedura concorsuale ad evidenza pubblica del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo per l'affidamento, ad un unico interlocutore contrattuale nazionale, della gestione dei sistemi di governance della prevenzione e della sicurezza"; quanto precede sul presupposto che il MIBACT intende portare avanti "un progetto unitario in grado di corrispondere in modo coordinato e uniforme alle esigenze di tutti i siti del Ministero contemporaneamente" sul territorio nazionale” (così testualmente);

b) stigmatizzava il comportamento tenuto e la decisione assunta dal MIBACT utilizzando le identiche linee di ragionamento poi riprodotte integralmente e con formulazione sovrapponibile nelle pagine d 6 a 8 del ricorso qui in esame e che, per brevità, non si ritiene di dover qui di seguito trascrivere;

c) chiedeva, infine, al MIBACT “di conoscere per iscritto, entro e non oltre 15 (quindici) giorni dalla ricezione delle presente, le determinazioni di Codesta Amministrazione in ordine alla questione rappresentata, fermo restando la completa ed incondizionata disponibilità dell'RTI EXITone di procedere ad incontri esplicativi con i Vostri Responsabili al fine di avviare le necessarie attività” nonché di prendere conoscenza e di estrarre copia “del provvedimento dell'organo di vertice amministrativo di Codesta

Amministrazione con il quale sia stata autorizzata, con specifica motivazione, la procedura di un acquisto autonomo pur in presenza di una Convenzione stipulata dalla Consip S.p.A. in grado di soddisfare ampiamente — per la strutturazione tecnico-prestazionale dei servizi oggetto della stessa — ogni esigenza delle Amministrazioni Centrali (quindi, con sede principali e sedi periferiche dislocate su tutto il territorio nazionale)” e “della comunicazione di trasmissione del predetto provvedimento al competente ufficio della Corte dei Conti”.

A tale missiva rispondevano gli uffici del MIBACT con nota n. 25539 del 16 novembre 2016 con la quale il Ministero (verrà qui di seguito riprodotta per ampi stralci la nota di risposta perché indispensabile ai fini della presente decisione per quanto verrà poi puntualizzato):

A) premetteva di avere “aderito alle precedenti edizioni della Convenzione CONSIP relativa ai servizi di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro per tutte le sedi sul territorio nazionale del Ministero realizzando, nel tempo, significativi risultati che hanno consentito notevoli progressi nella gestione della sorveglianza sanitaria, della formazione, della valutazione dei rischi, delle indagini ambientali, delle procedure, della gestione delle emergenze e degli altri adempimenti obbligatori per la sicurezza presso tutti i luoghi di lavoro” tanto che “Al fine di continuare a garantire la continuità della adozione degli adempimenti alle misure di sicurezza nei luoghi di lavoro ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n.81 in tutte le sedi del Ministero sul territorio nazionale è stato avviato, nel 2015, un approfondimento della nuova Convenzione CONSIP Ed.3 per la fornitura del "Servizio di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni" e giungendo quindi alla conclusione, in prossimità della scadenza dei contratti (31 dicembre 2015), di richiedere “una specifica offerta al fornitore aggiudicatario dei lotti attivi della Convenzione

CONSIP Ed.3, RTI COM Metodi — Gruppo IGEAM — Deloitte Consulting (lotti 2, 3 e 5), sulla base del nuovo capitolato tecnico e dei nuovi listini, da elaborarsi in funzione della struttura amministrativa degli istituti del MiBACT, articolata e dettagliata specificando il costo per ciascun servizio ed i parametri presi a base del calcolo”;

B) riferiva che all’esito di tale indagine emergeva come “La stima dei costi presentata dal RTI COM Metodi relativa alla Convenzione CONSIP ed.3 per la erogazione dei servizi di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro riferita ai soli lotti 2, 3 e 5, è risultata superiore ai costi attualmente praticati dal Ministero per l'intero territorio nazionale. Dall'analisi effettuata sui listini prezzi dei lotti e del capitolato tecnico, si è riscontrato un significativo incremento dei prezzi unitari e soprattutto una maggiore rigidità su svariati punti rispetto alla precedente edizione della convenzione”;

C) puntualizzava che l’incremento dei costi “è attribuibile alla rigida configurazione dei servizi e ad un listino articoli definito e non modificabile della nuova edizione della Convenzione. Nelle precedenti edizioni invece è stato possibile attivare, in concomitanza, i contratti su tutti i lotti con la possibilità di ottenere effetti positivi in termini di scontistica, di coordinamento e di razionalizzazione, e attraverso tavoli di trattative, si era ottenuto un abbattimento dei costi di circa il 40% rispetto alle offerte presentate dagli RTI, applicando forti scontistiche contemplate dalla Convenzione e riuscendo ad ottenere la fornitura di molteplici attività a titolo gratuito”;

D) concludeva esternando la propria decisione di bandire una apposita procedura ad evidenza pubblica e che quindi “Tenuto conto della stima dei costi summenzionata e della impossibilità di aderire alla nuova Convenzione a causa delle limitate risorse finanziarie, quest'Amministrazione ha ragionevolmente individuato come soluzione

idonea ed economicamente più vantaggiosa l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica, per l'affidamento del Servizio di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro negli immobili in uso al Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo sul territorio nazionale. L'Amministrazione ha elaborato, quindi, una analisi specifica dei fabbisogni di sicurezza che costituirà la base della procedura ad evidenza pubblica alla quale potranno partecipare tutte le imprese in possesso dei requisiti”.

7. - La Exitone con una seconda missiva (prot. n. EX/687/16) del 19 dicembre 2016, inviata alla Direzione generale organizzazione del MIBACT (anche in questo caso riprodotta per ampi stralci per le ragioni sopra evidenziate):

a) ribadiva preliminarmente quanto già esposto nella precedente nota del 10 novembre 2016 (prot. n. EX/590/16);

b) con riguardo all'obbligo per il MIBACT di aderire alla convenzione Consip in essere, rammentava agli uffici ministeriali che “a fare definitivamente chiarezza, una volta per tutte, sulla cogenza di detto obbligo è, altresì, intervenuta la nota Circolare congiunta del Dipartimento dell'amministrazione generale, del personale e dei servizi e del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 agosto 2015 (...)” che ha ribadito tale scelta strategica per le amministrazioni statali ai fini del contenimento dei costi;

c) puntualizzava che “le offerte presentate dagli operatori economici in occasione delle procedure di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento delle "Convenzioni Consip" (compresa, dunque, anche la Convenzione Ed. 3), sono definite e ponderate sulla base delle stime delle esigenze di fabbisogno di approvvigionamento anche (e soprattutto) delle amministrazioni centrali ed in particolare dei Ministeri (e, quindi, con riferimento al caso di specie, anche del MIBACT). Pertanto, la mancata

adesione di un Ministero (nella specie, del MIBACT) ad una "Convenzione Consip" (nella specie, la Convenzione Ed. 3) comporta una grave ripercussione dell'intero impianto organizzativo approntato dall'operatore economico aggiudicatario della Convenzione medesima (nella specie, il RT1 Exitone), con conseguenze in ordine alla congruità e, soprattutto, alla sostenibilità dei prezzi offerti (sulla base di stime che considerano anche e soprattutto i fabbisogni delle grandi Amministrazioni, come un Ministero), nonché comunque in ordine alle modalità di erogazione del servizio, ferma ogni ulteriore considerazione sui conseguenti danni in capo all'aggiudicatario della Convenzione Consip”;

d) contestava puntualmente ed articolatamente, infine, il percorso valutativo posto in essere dal MIBACT per giungere alla conclusione secondo la quale il costo dell'adesione alla convenzione Consip sarebbe maggiore di quello che avrebbe potuto “spuntare” all'esito di una autonoma procedura di affidamento di quella stessa commessa pubblica;

e) reiterava le medesime conclusioni già sviluppate nella missiva del novembre 2016.

Anche in questo caso appare evidente che molte delle contestazioni espresse nella missiva del dicembre 2016 trasmessa da Exitone al MIBACT sono state testualmente riprodotte dalla odierna ricorrente nell'atto di impugnazione giudiziale del bando.

8. - Alla missiva del 19 dicembre 2016 rispondeva con il MIBACT con la nota 28 dicembre 2016 n. 28910, nella quale il Ministero (anche qui riprodotta per ampi stralci):

A) in primo luogo, riprendeva “testualmente quanto esposto nella nota di questa Amministrazione n. 25539, in data 16 novembre 2016, (...) di riscontro puntuale alla lettera di codesta Società n. DU590/16, in data 10 novembre 2016 (...) ed a questo proposito cristallizzava fotograficamente le stesse espressioni già utilizzate nella nota n. 25539 del novembre 2016;

B) conseguentemente ribadiva puntualmente ogni passaggio già sviluppato nella precedente nota utilizzando anche le identiche espressioni nel riferire che l'amministrazione aveva “aderito alle precedenti edizioni della Convenzione CONSIP relativa ai servizi di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro per tutte le sedi sul territorio nazionale del Ministero realizzando, nel tempo, significativi risultati” e che all’esito di “un approfondimento della nuova Convenzione CONSIP Ed.3 per la fornitura del "Servizio di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni (...) ha regolarmente richiesto una specifica offerta al fornitore aggiudicatario dei lotti attivi della Convenzione CONSIP Ed.3, RT1 COM Metodi — Gruppo IGEAM — Deloitte Consulting (lotti 2, 3 e 5), sulla base del nuovo capitolato tecnico e dei nuovi listini, da elaborarsi in funzione della struttura amministrativa degli istituti del MiBACT, articolata e dettagliata specificando il costo per ciascun servizio ed i parametri presi a base del calcolo” accedendo quindi “alla Convenzione CONSIP Ed.3 relativa ai servizi di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro”;

C) inoltre il Ministero evidenziava che la Exitone “non era presente, nel Portale CONSIP fra i lotti attivi della convenzione CONSIP Ed.3 in questione e, quindi, non poteva ricevere la richiesta di offerta del Ministero”;

D) a questo punto il MIBACT ricordava che “la stima dei costi presentata dal RTI COM Metodi relativa alla Convenzione CONSIP Ed.3 per la erogazione dei servizi di gestione integrata della sicurezza dei luoghi di lavoro riferita ai soli lotti 2, 3 e 5 è risultata superiore ai costi attualmente praticati dal Ministero per l'intero territorio nazionale” visto che dall'analisi “effettuata sui listini prezzi dei lotti e del capitolato tecnico, si è riscontrato un significativo incremento dei prezzi unitari e soprattutto una maggiore rigidità su svariati punti rispetto alla precedente edizione della

convenzione”;

E) e pertanto si era dimostrato che “La suddetta stima del RTI COM Metodi relativa alla Convenzione CONSIP Ed.3, per i tre lotti attivi e per i servizi medesimi del contratto in Convenzione CONSIP scaduto in data 31 dicembre 2015, ammonta ad euro 4.603.344,98 per l'annualità 2016, euro 4.277.597,69 per l'annualità 2017 ed euro 4.277.597,69 per il 2018, per un ammontare complessivo per il triennio di euro 13.158.540,36 superiore ai costi sostenuti dal Ministero per l'espletamento dei medesimi servizi su tutti e sei i lotti del territorio nazionale”;

F) concludeva sostenendo che fosse “di palmare evidenza il vantaggio economico conseguito da questa Amministrazione con la determinazione di una proroga tecnica dei contratti riferiti alla Ed.2 della Convenzione CONSIP al fine di definire una specifica procedura concorsuale ad evidenza pubblica ad un prezzo più basso”.

9. – Successivamente la Exitone, per la terza volta, inviava una missiva alla Direzione generale organizzazione del Ministero, prot. EX/038 del 3 febbraio 2017, richiamando puntualmente le precedenti comunicazioni inviate dalla società e le conseguenti risposte del MIBACT e diffidando, principalmente, quest'ultimo dall'adottare qualsiasi provvedimento che non consista nella stipula del contratto con la Exitone in ragione dell'intervenuta convenzione Consip.

Il Ministero rispondeva con nota n. 3838 del 9 febbraio 2017 limitandosi, questa volta, a ribadire tutto la incontestabilità di tutto quanto già espresso e puntualizzando che, in merito alle contestazioni, richieste e diffide formulate da Exitone “Si ritiene, al riguardo, di avere esaurientemente corrisposto, da ultimo, con articolata e puntuale nota del 28 dicembre 2016, n. 28910, i contenuti del percorso amministrativo-contabile di questa Amministrazione che ha regolarmente contemplato l'accesso alla Convenzione CONSIP Ed.3”.

Nuovamente la Exitone inviava una missiva alla Direzione generale organizzazione, n. prot. EX/64/17 del 20 febbraio 2017, volta a pretendere l'accesso documentale a tutti gli atti che avevano condotto all'assunzione della decisione ministeriale di non aderire alla nuova convenzione Consip nonché gli atti che fossero stati intrapresi in via prodromica per l'avvio dell'autonoma procedura selettiva di affidamento del servizio in questione.

10. - La lettura delle missive della odierna ricorrente e delle note di risposta ministeriali, che proprio per tale ragione sono state ampiamente sopra trascritte, evidenziano che fin dallo scambio di carteggi intervenuto nel novembre 2016, ma senza alcun dubbio in occasione della trasmissione alla società della nota ministeriale del 28 dicembre 2016, la Exitone ha avuto puntuale contezza delle ragioni in virtù delle quali il Ministero aveva scelto di percorrere la strada di un nuovo affidamento del servizio attraverso lo sviluppo di una nuova procedura ad evidenza pubblica piuttosto che ricorrere alla nuova convenzione stipulata da Consip per il servizio medesimo.

Tale atto non può assumere valenza meramente endoprocedimentale ma si compendia in un vero e proprio provvedimento amministrativo a portata sfavorevole che ha inciso, pregiudicandola potenzialmente, nell'ambito della sfera giuridica e degli interessi coltivati da Exitone.

Quest'ultima, se è vero che va ritenuta legittimata in via immediata ad impugnare il bando di gara (*in thesi*), quando in realtà essa potrebbe partecipare alla gara e quindi rendersi per essa, allo stato, insensibile il contenuto del bando rispetto alle aspirazioni della Exitone a poter svolgere il servizio aggiudicandosi la selezione, vanta una indubbia posizione differenziata rispetto agli altri operatori economici potenziali concorrenti in quel mercato di riferimento in quanto aggiudicataria della procedura selettiva bandita da Consip e quindi aspirante a svolgere, in via esclusiva e

per effetto dello strumento della convenzione, le attività relative al servizio in questione con riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche, in particolare quelle centrali dello Stato.

11. - Se tutto ciò è vero, è altrettanto certo che i motivi di ricorso proponibili con il gravame (ciò che è avvenuto e che è dimostrato dalla piana lettura dell'atto introduttivo del presente giudizio) nei confronti del bando non possono che concentrarsi (e limitarsi) nella asseritamente erronea scelta del Ministero di non aderire spontaneamente ed immediatamente alla convenzione Consip stipulata con la Exitone, ma a scegliere la strada della procedura di scelta del nuovo contraente autonoma e svincolata dal sistema di convenzionamento Consip.

Orbene, in forza di tale ragionamento, posto che le questioni di legittimità dell'azione ministeriale evidenziate nell'atto introduttivo del presente giudizio sono esattamente sovrapponibili a quelle sottoposte all'attenzione degli uffici ministeriali fin dalla missiva del novembre 2016, la risposta ministeriale (sfavorevole per l'odierna ricorrente e da essa decisamente contestata) non giunge con il bando e con la sua pubblicazione ed il conseguente avvio della procedura selettiva, ma era stata resa già nel novembre 2016 e comunque si è completata definitivamente con la nota del 28 dicembre 2016.

Fu in quel momento che si cristallizzò nei confronti della Exitone:

- 1) anzitutto, la decisione del Ministero di non aderire alla nuova convenzione Consip ma di procedere ad un nuovo affidamento in via ordinaria;
- 2) inoltre la esternazione puntuale delle ragioni che avevano condotto ed indotto il Ministero a non servirsi della nuova convenzione stipulata da Consip;
- 3) infine il pregiudizio che tale decisione provocava nella sfera giuridica di Exitone.

Tenuto conto in particolare che le note ministeriali sopra richiamate rispondevano puntualmente alle singole e circostanziate contestazioni che provenivano da Exitone e che quest'ultima le ha fotografate senza distanziarsene nei contenuti e nella forma nell'atto con il quale è stato proposto il ricorso qui in decisione, la mancata tempestiva impugnazione delle predette note, quanto meno nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza della nota del 28 dicembre 2016, rende inammissibile per carenza di interesse il ricorso nei confronti del bando di gara, atteso che l'attualità dell'interesse medesimo, necessaria per l'ammissibilità della proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 100 c.p.c. (applicabile anche al processo amministrativo per effetto del rinvio mobile al codice del processo civile provocato dall'art. 39 c.p.a.), si è ormai spenta ovvero consumata con la scadenza del termine di impugnazione delle più volte richiamate note ministeriali.

12. – In virtù delle suesposte osservazioni il ricorso va dichiarato inammissibile.

La complessità delle questioni fatte oggetto di controversia, anche per il loro sviluppo temporale, inducono il Collegio a ritenere sussistenti i presupposti, di cui all'art. 92 c.p.a., come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a., per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe 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 18 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Toschei

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO