

le per le sedi degli uffici dell’Agenzia delle entrate e dell’Agenzia delle entrate-Riscossione” gara a cui D.S. ha partecipato classificandosi in posizione non utile.

La gara era suddivisa in 13 lotti territoriali, dei quali il Lotto 1 – di importo pari ad euro 9.819.894,43 – riguardava gli uffici dell’Agenzia delle entrate e dell’Agenzia delle entrate-Riscossione siti nelle regioni Valle d’Aosta e Piemonte. L’Agenzia delle entrate aveva indetto la gara sul presupposto secondo cui “non sono presenti convenzioni Consip idonee a soddisfare il fabbisogno in oggetto”.

D.S. ha proposto azione di annullamento 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, ovvero sia la concreta possibilità di perseguire un bene della vita in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell’interesse protetto.

Nel caso di specie, il ricorrente assume di essere titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata e, quindi, della c.d. legittimazione ad agire, ma di essere invece privo 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 dipende 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 l. n. 135/2012, 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 consegue 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 (1).

La comparazione prezzi con la gara Consip va fatta ex ante al momento dell’indizione della gara autonoma e non ex post al momento dell’aggiudicazione

Sommario: 1. *La fattispecie all’esame.* – 2. *I caratteri dell’interesse al ricorso e il rilievo nell’ipotesi de quo.* – 3. *Il rapporto tra la gara Consip e quella autonomamente indetta dall’ente.*

1. La fattispecie all’esame

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 dell’appalto specifico indetto dall’Agenzia delle entrate per “l’affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambienta-

(1) Oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe, dunque, il procedimento di gara dell’Agenzia delle entrate 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. E una simile valutazione, che deve necessariamente prendere le mosse dalla comparazione delle offerte ricevute dalle concorrenti poi divenute aggiudicatari, può es-

2. I caratteri dell'interesse al ricorso e il rilievo nell'ipotesi de quo

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.

Il codice del processo amministrativo fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere:

- all'art. 35, c. 1, lett. b) e c);
- all'art. 34, c. 3;
- all'art. 13, c. 4-*bis*;

- e, in modo più sfumato, agli artt. 7 e 31, c. 1, 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 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 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*” (2).

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 dell'Agenzia delle entrate del 2 dicembre 2020). Data questa in cui D.S. informava l'Agenzia delle entrate della ridetta aggiudicazione dell'appalto Consip, invitandola ad aderire alla successiva convenzione.

L'Agenzia delle entrate, 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) D.S. aveva ormai acquisito certezza circa il fatto che la convenzione che avrebbe poi stipulato con Consip per via della pregressa aggiudicazione non avrebbe co-

sere 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.

(2) Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

munque avuto alcun seguito, ossia un qualsivoglia effetto, con riguardo agli uffici dell'Agenzia delle entrate.

La lesione si era radicata, quindi, nel momento in cui, pur a seguito dell'aggiudicazione della gara Consip, l'Agenzia delle entrate 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 D.S. aveva avuto contezza della potenziale lesività del bando dell'Agenzia delle entrate, la lesività è poi divenuta concreta e attuale allorché la stessa si è aggiudicata la gara Consip e, soprattutto, nel momento in cui ha avuto notizia da parte dell'Agenzia delle entrate che quest'ultima avrebbe proseguito con la propria gara autonoma in quanto ritenuta di maggior convenienza rispetto a quella Consip.

3. Il rapporto tra la gara Consip e quella autonomamente indetta dall'ente

L'aggiudicazione di un appalto Consip è da ritenere sufficiente a radicare un interesse diretto e attuale alla eliminazione dei bandi autonomi.

Infatti, la semplice pendenza di un procedimento di evidenza pubblica avente ad oggetto il medesimo bene della vita 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'aggiudicatario, indipendentemente dall'adozione del provvedimento terminale di quel procedimento.

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 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) (3).

(3) Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2021, n. 7248.

Secondo alcuni, 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, c. 1, d.l. n. 95/2012, a norma del quale: “*i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, c. 3, l. 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*”.

In realtà, 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 d.l. n. 95/2012.

Unica disposizione che postula una certa comparazione di prezzi è quella di cui all'art. 1, c. 510, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), a norma del quale: “*Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip s.p.a., 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 (4), la stazione appaltante non avrebbe potuto introdurre un ulteriore passaggio istruttorio (5) che avrebbe sortito il non voluto effetto di ritardare ancor di più gli esiti della gara stessa.

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, 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 (6) 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*).

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, quello degli appalti pubblici appunto.

Di qui, la logicità e la ragionevolezza di una valutazione soltanto *ex ante* dei prezzi (c. 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, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, discende l'applicazione degli orientamenti del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (7) secondo cui l'indizione in sé della gara deve formare oggetto di immediata impugnazione a pena di inammissibilità del gravame (8).

MASSIMILIANO SPAGNUOLO

(7) Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

(8) In ogni caso, anche a voler ritenere che nel caso di specie la stazione appaltante della gara autonoma (Agenzia delle entrate) avesse imposto negli atti di gara 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 inoltro 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 dell'Agenzia delle entrate, ciò anche alla luce della diversa “aggregazione regionale” tra centri di costo dell'Agenzia delle entrate 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 dell'Agenzia delle entrate, 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 (ad esempio facchinaggio). Emerge, dunque, chiaramente, sin da questa fase, la volontà inequivoca dell'Agenzia delle entrate 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.

(4) Cfr. art. 1, c. 2, l. n. 241/1990.

(5) Tale passaggio non è previsto dalla normativa in tema di contratti pubblici, che pure si contraddistingue per la analiticità della procedura di aggiudicazione.

(6) Art. 1, c. 1, l. n. 241/1990.