

Pubblicato il 28/03/2023

N. 03139/2023REG.PROV.COLL.
N. 02595/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2595 del 2022, proposto da Covel Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Giuratrabocchetta, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nunzio Pinelli e Giuseppe Pinelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione prima) n. 888/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Basilicata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Telecom Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 3 novembre 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Giuratrabocchetta, Nunzio Pinelli, Giuseppe Pinelli e Valerio Di Giacomo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Regione Basilicata indiceva il 19 maggio 2021 una procedura negoziata sotto soglia (€ 73.500,00 Iva esclusa) con richiesta di offerta, ai sensi dell'art. 36 commi 2 lett. b) e 6 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice degli appalti pubblici*, rivolta a tutti gli operatori economici operanti sul territorio regionale iscritti al bando "Servizi", categoria "Servizi per l'Information e Communication Technology" del Mercato elettronico della pubblica amministrazione-MEPA, per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, di un servizio integrato per la gestione delle attività audio, video e di voto dei lavori del Consiglio regionale e delle commissioni consiliari della Regione e della relativa assistenza tecnica.

Covel Group s.r.l., partecipante alla gara risultata prima nella graduatoria di merito ed esclusa in via automatica per offerta anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 97 comma 2-*bis* d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1 comma 3 del d.-l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, impugnava con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata l'atto di esclusione (24 giugno 2021) e, con motivi aggiunti, l'atto di aggiudicazione della gara a Telecom Italia s.p.a. (19 luglio 2021).

Con la sentenza in epigrafe l'adito Tar, nella resistenza della Regione Basilicata e di Telecom Italia, che aveva a sua volta proposto ricorso incidentale avverso la predetta clausola di limitazione territoriale, respingeva il ricorso principale e i motivi aggiunti e dichiarava improcedibile il ricorso

incidentale; condannava la ricorrente alle spese del giudizio relative alla sua impugnativa, compensandole relativamente al ricorso incidentale.

2. Covel Group ha appellato la sentenza. Ha dedotto: 1) *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 30, 36 e 97 d.lgs. 50/2016, dell'art. 1 d.-l. 76/2020, degli artt. 1176, 1337 e 1366 Cod. civ., della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per contraddittorietà, in merito all'inapplicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anomale perché non contemplata nella determinazione a contrarre e nella richiesta di offerta; 2) *Error in procedendo* per violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 34 Cod. proc. amm. e degli artt. 99 e 112 Cod. proc. civ.; violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 30, 36 e 97 d.lgs. 50/2016, dell'art. 1 d.-l. 76/2020, degli artt. 1176, 1337 e 1366 Cod. civ., della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per contraddittorietà, in merito all'inapplicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anomale perché non contemplata nella determinazione a contrarre e nella richiesta di offerta; 3) *Error in procedendo* per violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 41 Cod. proc. amm. per aver ritenuto non correttamente instaurato il rapporto processuale; *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e 97 Cost., degli artt. 30, 83, 95 e 97 d.lgs. 50/2016, dell'art. 1 d.-l. 76/2020, dell'art. 6 l. 241/1990, dell'art. 2087 Cod. civ., della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria in merito all'illegittima considerazione dell'offerta proveniente da altra impresa, che nella sua offerta economica ha ommesso di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, e alla conseguente inapplicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

L'appellante ha concluso, in via principale, per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, la declaratoria di inefficacia o nullità del contratto nelle more eventualmente stipulato, l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore

con subentro nel contratto eventualmente sottoscritto; in subordine, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente nell'importo di € 42.741,00 o nella diversa somma ritenuta di giustizia o di equità, oltre rivalutazione e interessi dal dovuto al soddisfo.

3. La Regione Basilicata e Telecom Italia si sono costituite in resistenza, sostenendo l'infondatezza del gravame.

L'appellante ha affidato a una memoria lo sviluppo delle sue tesi difensive.

La causa è stata trattenuta in decisione il 3 novembre 2022.

4. Il d.-l. 76/2020, all'art. 1, *Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*, ha introdotto una disciplina emergenziale e temporanea (in quanto applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, termine da ultimo poi prolungato fino al 30 giugno 2023, in forza dell'art. 51 del d.-l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla l. 27 gennaio 2023, n. 9) che deroga agli artt. 36 comma 2 e 157 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, prevedendo per appalti di modico valore forme procedurali più snelle, al fine di addivenire ad affidamenti rapidi

Per la Sezione, dette misure fondano “*sul presupposto che l'efficacia della spesa pubblica, specie in caso di maggiore rapidità della sua erogazione, possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia*” (Cons. Stato, V, 15 febbraio 2022, n. 1108).

La procedura per cui è causa ricade pacificamente, *ratione temporis*, nell'ambito di applicazione di detto articolo, che, al comma 2 lett. b), prevede per i servizi e forniture sotto soglia l'applicazione della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016 previa consultazione di almeno cinque operatori “*nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*”, stabilendo, per l'ipotesi, al comma 3, che “*le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non*

discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero al prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque?'

La norma che viene in evidenza nella fattispecie è quella di cui all'appena citato comma 3, che, ampliando l'omologa previsione di legge a regime, dispone che nel caso di procedure fondate sul criterio del prezzo più basso con numero di offerte pari o superiori a cinque, come quella in esame, le stazioni appaltanti escludono automaticamente le offerte anormalmente basse.

L'appellante contesta infatti la sua esclusione dalla procedura, avvenuta per tale via (il provvedimento di esclusione richiama il combinato disposto dell'art. 97 comma 2-bis d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1 comma 3 del d.-l. 76/2020), sostenendo l'insussistenza delle condizioni legittimanti il predetto automatismo espulsivo.

5. In particolare, con il primo motivo l'appellante lamenta che la stazione appaltante abbia disposto l'esclusione automatica della sua offerta anormalmente bassa senza aver previsto l'applicazione del meccanismo nella determinazione a contrarre e nella richiesta di offerta.

Per la deducente, tale previsione era invece necessaria per poter disporre l'esclusione automatica in quanto l'art. 1 comma 1 d.-l. 76/2020:

- al comma 1, deroga espressamente solo agli artt. 36 comma 2 e 157 comma 2 del Codice dei contratti pubblici;
- al comma 3, quanto alla possibilità di disporre l'esclusione automatica per anomalia dell'offerta, deroga all'art. 97 comma 8 dello stesso Codice con riferimento a una sola delle condizioni che la prevedono (il numero delle

offerte ammesse in gara, che viene ridotto da pari o superiore a dieci a pari o superiore a cinque).

In questo quadro, per l'appellante, la restante previsione dell'art. 97 comma 8, che dispone che *“la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia”*, sarebbe rimasta inalterata e resterebbe così applicabile anche agli appalti sotto soglia rientranti nel campo di applicazione dell'art. 1 d.l. 76/2020.

L'appellante lamenta quindi che l'opposta conclusione raggiunta dal Tar, fondata sulla eterointegrazione della disciplina di gara, sarebbe erronea, sia perché in contraddizione con la lettura congiunta delle norme di interesse della questione come sopra effettuata, sia perché estranea alla disciplina dei contratti pubblici in cui, come da giurisprudenza consolidata nazionale ed eurounitaria, il principio del contraddittorio ha valenza centrale, mentre l'esclusione automatica delle offerte anomale, in quanto contrastante con il principio di libertà di iniziativa economica e di massima partecipazione alle procedure pubbliche, è fattispecie di stretta interpretazione, anche ai sensi dell'art. 97 Cost. e cioè sotto il profilo della qualità delle prestazioni, economicità, efficacia e libera concorrenza di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016, applicativo di basilari principi unionali.

Inoltre, sempre per l'appellante, le motivazioni del Tar fondate sulla finalità della decretazione di urgenza di garantire la celerità delle procedure pubbliche sarebbero fuorvianti, in quanto la sottoposizione della sua offerta anormalmente bassa all'ordinaria verifica discrezionale della stazione appaltante non avrebbe comportato un significativo allungamento della procedura *de qua*, e la gara non presentava del resto alcuna esigenza di celerità, tant'è che, ancora alla data di proposizione dell'appello, il contratto di affidamento non era stato stipulato.

Conclude pertanto l'appellante che *“di fronte ad un'offerta anomala per eccessivo ribasso, che potrebbe determinare il conseguimento di una prestazione con il prezzo più*

basso offerto dal confronto concorrenziale, sarebbe sempre preferibile instaurare il contraddittorio con l'operatore economico offerente al fine di ottenere le giustificazioni della sua offerta, piuttosto che escluderlo automaticamente, poiché l'eventuale condivisione delle sue giustificazioni consentirebbe alla pubblica amministrazione di conseguire la prestazione con il minor prezzo presente sul mercato, rispettando rigorosamente il confronto concorrenziale. Invece, con l'esclusione automatica si avrebbe un'esclusione aprioristica, senza neppure valutare la serietà dell'offerta?'

5.1. Il motivo è infondato.

5.2. In primo luogo, non può essere condivisa l'impostazione generale su cui fonda la censura.

L'appellante tende a delineare una sorta di "ripudio" da parte della legislazione vigente in materia di gare pubbliche del meccanismo di espulsione automatica delle offerte anormalmente basse, che è invece previsto e regolato a regime dall'art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016, il quale dispone che *"Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci?"*.

Si tratta di una norma che non presenta alcuna incompatibilità con il diritto eurounitario: la direttiva 2014/24/UE, che non prevede l'esclusione diretta delle offerte anormalmente basse, a termini dell'art. 4 non trova infatti applicazione alle procedure sotto soglia.

Bene poteva, pertanto il legislatore d'urgenza, ferma restando l'applicazione delle previsioni alla predetta tipologia di affidamenti, stabilire un ampliamento temporaneo della possibilità di fare ricorso all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, istituto cui peraltro ha fatto ricorso nel contesto eccezionale considerato dal d.l. 76/2020 al fine di

implementare l'efficacia della spesa pubblica mediante la maggiore rapidità di erogazione, quale forma di volano dell'economia in una congiuntura di particolare crisi economica (Cons. Stato, V, n. 1108/2022, cit.).

Questa previsione non presenta, a sua volta, profili di possibile contrasto con gli artt. 41 e 97 della Costituzione, in quanto norma finalizzata a fronteggiare una situazione di emergenza e a carattere temporaneo, che non offre *ex se* né profili di irragionevolezza, essendo improntata a una maggior celerità dei considerati affidamenti. Quanto al principio della concorrenza, esso è stato salvaguardato nel caso di specie dal confronto competitivo che ha preceduto l'aggiudicazione.

Infine, non può negarsi l'effetto acceleratorio della procedura conseguibile per via del meccanismo automatico in parola: questo, come visto, è stato anche riconosciuto dalla Sezione, che lo ha correlato alla necessità di implementare, nella crisi economica determinata dall'evento pandemico in atto alla data della decretazione d'urgenza, la speditezza e quindi l'efficacia della spesa pubblica, non altro del resto potendosi desumere dal comma 1 dell'art. 1 del d.-l. 76/2020, che richiama espressamente la finalità di *“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19”*, e non potendosi poi negare, sotto il profilo oggettivo, che la soppressione di una fase sub-procedimentale (la verifica discrezionale di congruità delle offerte) abbia l'effetto di condurre alla più rapida aggiudicazione della procedura, con la conseguente incentivazione della spesa pubblica ai fini voluti dal legislatore, a nulla rilevando la questione di se il singolo affidamento rientrante sotto l'egida della previsione acceleratoria presenti o meno connotati di urgenza, aspetto che è stato regolato in via generale e astratta con riferimento non all'oggetto dei singoli affidamenti bensì alle loro conseguenze positive sul piano economico generale.

5.3. Tanto chiarito, resta da valutare se, come sostiene l'appellante, l'esclusione automatica della sua offerta anomala scontava la relativa previsione di bando, in conformità all'art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016 e in considerazione del fatto le norme di rilievo della fattispecie, e segnatamente l'art. 1 comma 3 del d.l. 76/2020, non derogano all'intero comma 8 ma solo a una delle sue previsioni (*“l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”*, numero portato a cinque).

5.4. Il Collegio ritiene che la risposta al quesito debba essere negativa.

5.5. Sul punto, va preliminarmente chiarito che non rileva che, come segnalato dalla Regione Basilicata, il ridetto comma 3 dell'art. 1 del d.l. 76/2020 è destinato a regolare le procedure di cui al precedente comma 2 lett. b), ovvero la fattispecie della *“procedura negoziata, senza bando”*, laddove invece l'art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016, nella parte qui in evidenza (*“... la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara...”*) presuppone necessariamente un bando.

Il rilievo è infatti eminentemente formale, in quanto la previsione in parola, come suggerisce la tesi propugnata dall'appellante, bene avrebbe potuto essere contenuta nella determina a contrarre e nella richiesta di offerta-RDO, che nella procedura negoziata tengono luogo della *lex specialis* di gara.

5.5. Rileva invece che per l'art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016 l'esclusione automatica dell'offerta anormalmente basse è una modalità che la stazione appaltante imprime alla procedura competitiva nella ricorrenza delle condizioni di legge che ne regolano la possibilità di utilizzo: trattandosi di una misura che intacca il contraddittorio ordinariamente previsto dallo stesso art. 97 per tale tipologia di offerte, è connaturale alla dinamica della previsione normativa che detto automatismo vada previsto nella *lex specialis* affinché la stazione appaltante possa farvi in concreto ricorso.

Rispetto a tale norma, il comma 3 dell'art. 1 del d.l. 76/2020, pur conformando diversamente i presupposti dell'esclusione automatica, non si muove nella logica derogatoria che costituisce la base della censura in esame.

Una deroga, peraltro espressa, al Codice dei contratti pubblici si rinviene infatti nel comma 1 esclusivamente in riferimento agli art. 36 comma 2 e 157 comma 2 del d.lgs. 50/2016, e non nella norma dello stesso comma immediatamente seguente, che introduce le “*procedure di cui ai commi 2, 3 e 4*”.

E allora deve concludersi che il comma 3 dell’art. 1 del d.-l. 76/2020 altro non è che una autonoma ed esaustiva regolazione delle modalità con cui provvedere alle procedure negoziate senza bando di cui trattasi, avente carattere eccezionale, temporaneo e cogente – e nel cui ambito il meccanismo dell’espulsione automatica delle offerte anormalmente basse si inserisce a pieno titolo, considerata la sua evidente strumentalità agli effetti voluti dalla previsione – che, in quanto tale e laddove applicabile, è destinata a sostituire interamente quella prevista dall’art. 97 comma 8 d.lgs. 50/2016.

Bene si spiega così il tenore letterale del comma 3 in parola, secondo cui “*nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia*”: esso, come correttamente rilevato dal Tar, non lascia alcun margine di scelta alle amministrazioni appaltanti, che, avverandosi la suddetta condizione nelle procedure soggette alla sua applicazione, non possono che procedere all’esclusione automatica.

In altri termini, è proprio la qui evidenziata carenza di una previsione derogatoria, parziale o totale, dell’art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016 ad attestare che la disciplina diversa e temporanea recata per l’espulsione automatica dal comma 3 dell’art. 1 del d.-l. 76/2020, ai fini della sua applicabilità, non richiede di essere né esplicitata nella legge di gara né da questa presupposta secondo il paradigma della eterointegrazione della *lex specialis* affermato dal Tar, essendo misura prevista direttamente dalla legge e quindi soggetta esclusivamente alla sussistenza delle condizioni legittimanti al contempo individuate.

La conclusione è poi coerente con la espressa finalità della decretazione d’urgenza di semplificare nel periodo di applicazione del ridetto art. 1

l'andamento delle gare di cui trattasi in vista di un obiettivo, il rilancio dell'economia, che, di suo, non si presta a essere perseguito mediante la rimessione dello strumentario individuato per la sua realizzazione alle scelte di un numero indeterminato e indeterminabile di stazioni appaltanti, o alla loro accuratezza nella predisposizione degli atti di gara.

6. Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il Tar non abbia pronunciato su alcune delle sue censure, che pertanto ripropone.

6.1. La doglianza non può condurre alla riforma della sentenza di primo grado.

Il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado, laddove sollevato in appello, come nel caso di specie, sotto il profilo della violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ., oltre a richiedere un accertamento riguardante la motivazione della sentenza nel suo complesso e non dei suoi aspetti formali (Cons. Stato, V, 12 novembre 2020, n. 6973; 12 febbraio 2020, n. 1062), può, stante l'effetto devolutivo dell'appello, essere eliminato dal giudice di appello mediante l'integrazione della motivazione carente o, comunque, la decisione del merito della causa (tra tante, Cons. Stato, V, 10 marzo 2022, n. 5027; IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856).

6.2. Passando quindi all'esame delle censure riproposte, si osserva che l'appellante sostiene che l'operato dell'Amministrazione si è caratterizzato per estrema contraddittorietà e confusione, in quanto gli impropri e generici richiami effettuati all'art. 36 comma 2 d.lgs. 50/2016 e il mancato ricorso all'affidamento diretto, che l'art. 1 comma 2 lett. a) del d.-l. 76/2020 consentiva all'epoca dell'adozione della determina indittiva del 19 maggio 2021 anche senza consultazione di più operatori economici, avrebbero ingenerato la convinzione che la procedura in esame fosse ascrivibile a quelle ordinarie di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) d.lgs. 50/2016, ovvero senza applicazione dell'art. 1 del d.-l. 76/2020.

Parimenti, l'appellante sostiene che la mancata previsione dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nella determinazione a contrarre e nella richiesta di offerta, in violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, buona fede contrattuale, correttezza *ex art. 30 d.lgs. 50/2016* e ragionevolezza, che impongono all'amministrazione, anche in relazione al principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., di operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire agli interessati regole di condotta certe e sicure, avrebbe indotto i concorrenti a fare affidamento sull'inapplicabilità della misura.

L'appellante conclude quindi invocando il principio giurisprudenziale per cui, nell'equivocità delle cause di esclusione portate dalla *lex specialis* di gara, va preferita l'interpretazione che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (*favor participationis*).

6.3. Per respingere dette censure non occorrono molte parole.

Innanzitutto, la scelta dell'Amministrazione di non procedere a un affidamento diretto anche se consentito e, all'epoca, realizzabile in modo altamente semplificato, null'altro dice se non che, appunto, tale scelta non è stata compiuta.

Inoltre, la determina a contrarre del 19 maggio 2021 [pag. 5: “*Ritenuto opportuno procedere all'affidamento del servizio in argomento mediante procedura negoziata con Richiesta di Offerta (RdO) sul M.E.P.A., ai sensi dell'art. 36, commi 2, lett. b) e comma 6 del D.lgs. n. 50/2016...*”] rende palese che nella specie l'Amministrazione ha ritenuto di fare ricorso alla procedura negoziata di cui al combinato disposto dei commi 2 lett. b) e 6 dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, ovvero di avvalersi del mercato elettronico che consente “*acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica*” (comma 6).

Tale modalità legittimava l'adozione della procedura acceleratoria, applicabile *ratione temporis*, di cui all'art. 1 del d.l. 76/2020, pure citato nella determina (pag. 2).

Gli atti di gara hanno quindi posto i concorrenti nella condizione di avvedersi della disciplina impressa alla procedura, e ciò anche sotto l'aspetto del suo assoggettamento all'art. 1 del d.l. n. 76/2020 e segnatamente al suo comma 3.

7. E' infondato anche il terzo e ultimo motivo.

7.1. Bene ha fatto infatti il Tar a dichiarare inammissibile per mancata notifica al controinteressato la censura con la quale l'appellante (nell'intento di ridurre la partecipazione alla gara a quattro operatori anziché ai cinque che hanno presentato offerta, in tal modo facendo venire meno la soglia minima per l'applicazione dell'esclusione automatica) ha esposto che uno degli operatori partecipanti alla procedura avrebbe dovuto essere escluso per mancata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale, e a non disporre l'integrazione del contraddittorio richiesta dall'appellante medesima.

La circostanza opposta dall'appellante che detta società non possa ritenersi realmente contro-interessata in quanto ultima in graduatoria, atteso che la domanda giudiziale avanzata sarebbe inscindibile perché finalizzata all'aggiudicazione e non autonomamente diretta all'esclusione dalla gara dell'ultimo graduato, non convince.

La censura in parola sosteneva l'illegittimità dell'ammissione alla procedura di uno dei concorrenti ai fini dell'accertamento delle condizioni per la sua espulsione: il sotteso interesse si scontrava dunque con il contro-interesse del soggetto direttamente inciso dalla doglianza e la domanda giudiziale si profilava del tutto autonoma rispetto a quella fatta valere nei confronti della stazione appaltante e dell'aggiudicataria, stante la diversità del *petitum* e della *causa petendi*; il concorrente in parola, pertanto, al di là della specifica posizione rivestita in graduatoria, comunque favorevole e vieppiù utile in caso di eventuale scorrimento, aveva il diritto di essere evocato in giudizio per poter eventualmente difendere lo *status quo* raggiunto.

In definitiva, il ricorso andava notificato anche al contro-interessato la cui posizione si intendeva specificamente mettere in discussione, pena la violazione del principio di integrità del contraddittorio; in difetto,

correttamente il Tar ha escluso di poterne disporre l'integrazione, rimedio che presuppone pur sempre che il rapporto processuale sia stato sin dall'inizio correttamente instaurato.

Non vi è pertanto luogo per l'esame del merito della censura riproposta in questa sede.

8. Per tutto quanto precede, l'appello va respinto con conferma, con le precisazioni di cui in motivazione, della sentenza impugnata.

Le spese del grado possono essere compensate tra le parti in considerazione della novità delle questioni giuridiche trattate.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO