

Pubblicato il 02/11/2020

N. 06697/2020REG.PROV.COLL.
N. 09660/2019 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9660 del 2019, proposto da OMISSIS-, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Marcantonio Colonna 27 presso la sede dell'Avvocatura dell'Ente;

nei confronti

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Santi Dario Tomaselli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via A. Bertoloni, 26/b;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca De Pauli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Feroci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del medesimo difensore in Roma, alla via Paolo Emilio n. 32;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Agliocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del medesimo difensore in Roma, viale Giuseppe Mazzini 13;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Delucia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Enrica Bastoni in Roma, via Anicia 6;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Rebagliati, Arturo Flick, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Roma alla via del Babuino 141;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e di -OMISSIS- nonché gli atti di intervento ad *adiuvandum* di -OMISSIS--OMISSIS--OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Umberto

Maiello e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo, Fiammetta Fusco, Luca De Pauli, Paolo Caruso su delega dell'avvocato Luca Agliocchi e Tomaselli Santi Dario;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La vicenda qui in rilievo trae origine dalla “gara comunitaria a procedura aperta finalizzata all’acquisizione del servizio di vigilanza attiva antincendio e di sicurezza per le aziende sanitarie della Regione Lazio”, indetta, con bando pubblicato in data 27.05.2019, dalla Direzione Centrale Acquisti della Regione Lazio, a seguito della determinazione a contrarre -OMISSIS-. Si tratta di una procedura aperta e con applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. La durata della convenzione è di 36 (trentasei) mesi e l’importo a base di gara è pari a € 87.296.319,22.

1.1. Con ricorso notificato in data 14 giugno 2019, -OMISSIS- adiva il TAR per il Lazio, sede di Roma, chiedendo l’annullamento degli atti della gara e più precisamente del bando, del disciplinare, del capitolato e della determina a contrarre-OMISSIS-, con i relativi allegati.

1.2. Segnatamente, dopo aver rimarcato la sua natura di associazione professionale di categoria, aderente a Confindustria e nata agli inizi del 2009 dall’esigenza di tutelare il comparto della sorveglianza antincendio e dei servizi a essa correlati, oltre che di essere firmataria del C.C.N.L. “Sorveglianza Antincendio” siglato il 3.11.2009, con sei motivi di ricorso, in parte poi rinunciati (motivi II, V e VI), la suddetta associazione contestava la legge di gara sotto diversi profili. In particolare, per quel che qui rileva: i) con il primo motivo, censurava la clausola 7.2 del disciplinare laddove inserisce il requisito del “fatturato specifico relativo a servizi di sorveglianza e prevenzione incendi, riferito al triennio 2016 – 2017 - 2018”

tra i requisiti di “capacità economica e finanziaria”, anziché tra i requisiti di “capacità tecnico – professionale”, ed al contempo, prevede, alla lettera d) della stessa clausola, che “*In alternativa al requisito di fatturato specifico l’operatore economico può presentare: d. Idonee referenze bancarie di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ex D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385*”; ii) con il terzo motivo la stessa clausola veniva censurata nella parte in cui ammette la partecipazione alla gara di operatori con pregressa esperienza in materia di antincendio soltanto in ambienti a “*rischio incendio medio*”, salvo poi richiedere, in fase esecutiva, l’impiego di personale idoneo e qualificato ad affrontare un “*rischio incendio elevato*”; iii) con il quarto motivo censurava la violazione del principio di proporzionalità avendo la stazione appaltante consentito la possibilità di aggiudicarsi tre lotti (sui dieci posti a gara) mediante la dimostrazione di un fatturato specifico irrisorio e, comunque, non adeguato rispetto all’entità del valore dell’affidamento concretamente conseguibile.

Si costituiva in giudizio la Regione Lazio, eccependo, in via preliminare, l’inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse e di legittimazione attiva; nel merito, l’Amministrazione regionale contestava la fondatezza delle doglianze formulate dalla parte ricorrente e ne chiedeva quindi la reiezione.

1.3. Con la sentenza-OMISSIS-, qui appellata, il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso. Segnatamente, il giudice di prime cure ha ritenuto che la parte ricorrente fondasse la sua legittimazione processuale sulla esigenza di tutelare gli interessi delle sole aziende che svolgono attività di vigilanza antincendio nel settore sanitario mentre la sua azione operativa, alla stregua delle previsioni statutarie, istituzionalmente spaziava nell’intero settore di mercato riferito alla sorveglianza antincendio nei più disparati ambiti (“portuale, aeroportuale, eliportuale, civile”). In ragione di ciò ha, dunque, ravvisato la disomogeneità dell’interesse azionato in giudizio ed, in

stretta connessione, un potenziale conflitto di interessi con le imprese aderenti all'Associazione non operanti in ambito sanitario.

2. Con il mezzo qui in rilievo -OMISSIS-chiede la riforma della pronuncia del primo giudice perché erronea nella parte in cui dichiara l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva.

2.1. Deduce, invero, che il giudice di prime cure ha frainteso l'interesse fatto valere da -OMISSIS-impropriamente immaginando una contrapposizione interna tra imprese di sorveglianza antincendio che operano presso strutture sanitario-ospedaliere e imprese di vigilanza antincendio che operano in altri ambiti, mentre, a ben vedere, tale contrapposizione riguarderebbe esclusivamente il piano dei rapporti esterni all'associazione e cioè tra imprese di vigilanza antincendio tutte (e comunque tutte le associate) ed operatori economici non in grado di garantire affidabilità specifica e idoneità tecnico-professionale nel settore della vigilanza antincendio e che, ciò nonostante, per la *lex specialis*, potrebbero partecipare alla gara, come poi di fatto avvenuto.

2.2. I riferimenti contenuti nel ricorso all'ambito sanitario – travisati nel loro esatto significato dal TAR - si spiegherebbero nel senso di evidenziare come anche detto ambito ricada nel perimetro operativo dell'associazione e non invece per circoscrivere a tale ristretto ambito gli effetti della domanda spiegata in giudizio.

2.3. Più precisamente, l'interesse fatto valere da -OMISSIS-consisterebbe nell'interesse di tutti gli operatori della sorveglianza antincendio a che alle gare per gli affidamenti di contratti pubblici, aventi a oggetto servizi di sorveglianza antincendio, partecipino solo ed esclusivamente imprese che svolgono in modo professionale e qualificato appunto l'attività di sorveglianza antincendio; e non già e non anche imprese che nulla hanno a che fare con detto comparto, in quanto svolgono altre e del tutto diverse attività, quali quelle di portierato, di guardiania – armata o non armata che

sia –, di pulizie, e di gestione e/o amministrazione integrata di beni immobiliari (facility management), se non quando, di progettazione ingegneristica di questi ultimi servizi.

2.4. Inoltre, il conflitto di interessi risulterebbe assunto dal TAR come soltanto potenziale ed argomentato in assenza di qualsivoglia prova concreta bensì in via meramente presuntiva; di contro, non vi sarebbero imprese aderenti ad -OMISSIS-che possano essere pregiudicate dall'iniziativa giurisdizionale dell'Associazione dal momento che il principio che -OMISSIS-intende affermare gioverebbe a tutti gli aderenti e a tutti gli operatori del comparto in questione.

2.5. Muovendo da tali premesse a sostegno della propria legittimazione, -OMISSIS-ha conseguentemente riproposto i motivi del ricorso introduttivo non deliberati dal TAR e sopra già riprodotti in via di sintesi.

2.6. Resiste in giudizio la Regione Lazio, secondo cui l'Associazione ricorrente, in relazione alle censure proposte, non può ritenersi legittimata, perché non rappresentativa degli interessi di tutti gli associati. Ed, invero, -OMISSIS-tutela anche imprese operanti in settori diversi da quello sanitario, con la conseguenza che tali imprese risulterebbero lese dall'accoglimento delle censure sollevate dalla controparte. Inoltre, le imprese aderenti alla detta Associazione eserciterebbero la propria attività anche presso strutture a rischio incendio basso medio ed elevato né lo statuto fisserebbe un limite minimo di fatturato specifico per poter chiedere e ottenere l'iscrizione.

Infine, in base allo statuto, -OMISSIS-riunirebbe sia imprese di sorveglianza (genericamente intesa) che imprese di sorveglianza antincendio di guisa che sussisterebbe, comunque, il conflitto di interesse rilevato dal giudice di prime cure.

La Regione Lazio soggiunge che la carenza di legittimazione dell'Associazione appellante va affermata anche sotto altro profilo, in

coerenza con i principi recentemente affermati da questa stessa Sezione (cfr. Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1467). Nel richiamato *decisum* il giudice d'appello ha, infatti, ritenuto che l'interesse azionato da -OMISSIS- costituisca la mera sommatoria di interessi squisitamente individuali e, pertanto, non potrebbe essere qualificato come interesse collettivo.

Analoghe conclusioni sono state rassegnate dalla società -OMISSIS- secondo cui l'inammissibilità del ricorso introduttivo del presente giudizio deriverebbe anche dal fatto che -OMISSIS- ha impugnato atti di gara privi di natura immediatamente escludente in evidente distonia con oramai consolidati orientamenti giurisprudenziali, da ultimo ribaditi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 26 aprile 2020, n. 4).

2.7. Sono, invece, intervenuti nel giudizio, *ad adiuvandum*, --OMISSIS-

2.8. All'esito dell'udienza camerale del 12.12.2019, con ordinanza cautelare -OMISSIS-, questa Sezione, in accoglimento dell'istanza dell'appellante, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

2.9. All'udienza del 22.10.2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto ancorché sulla base di motivazioni diverse da quelle valorizzate nella decisione di prime cure non ravvisandosi nei relativi arresti decisorii ragioni ostative opponibili al riconoscimento della legittimazione attiva in capo all'Associazione appellante.

3.1. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione sollevata dall'interveniente *ad opponendum* -OMISSIS-, circa l'inutilizzabilità dei documenti versati in atti dall'appellante e dati dalla schermata del portale della gara con l'elenco dei partecipanti alla stessa e dalle visure relative a ciascuno di detti partecipanti. Sul punto, ed in disparte la genericità dell'eccezione, si rivela dirimente il fatto che tali documenti non avrebbero potuto essere prodotti in primo grado siccome rigidamente ancorati ai successivi sviluppi della procedura

selettiva in argomento e segnatamente alla prima seduta di gara, tenutasi il 22.10.2019 quando la causa era già stata trattenuta in decisione dal TAR.

4. Con il primo motivo di appello -OMISSIS-censura la statuizione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione attiva argomentata dal giudice di prime cure facendo leva sul fatto che *“la domanda di annullamento della procedura di gara impugnata non risulta connotata dalla omogeneità dell’interesse azionato, che ... costituisce il presupposto della legittimazione processuale degli Enti collettivi nel processo amministrativo”*.

4.1. Il TAR, nella prospettazione dell’appellante, avrebbe frainteso il tenore delle argomentazioni di -OMISSIS-ed erroneamente ritenuto che tutte le censure alla *lex specialis* sollevate dall’Associazione fossero rivolte a tutelare esclusivamente gli interessi delle imprese che svolgono servizi di vigilanza antincendio in ambito sanitario; il che avrebbe determinato, in caso di eventuale accoglimento del ricorso, la lesione degli interessi delle altre imprese pur aderenti all’Associazione, quelle cioè (impegnate nella vigilanza antincendio ma) non operanti nel settore sanitario.

4.2. Ed, invero, contrariamente a quanto ritenuto, l’azione promossa dall’associazione sarebbe volta ad impedire la partecipazione alla gara *de qua* di operatori economici privi di affidabilità specifica e pregressa esperienza tecnico – professionale nello specifico campo della sorveglianza antincendio. Da qui la contestazione della particolare previsione della *lex specialis* secondo cui le imprese per partecipare alla gara avrebbero potuto dimostrare la propria attitudine operativa anche attraverso mere “referenze bancarie” in alternativa al requisito del “fatturato specifico”. Così correttamente interpretato, l’interesse a ricorrere di -OMISSIS-sarebbe rappresentativo dell’interesse di tutte le imprese del comparto della sorveglianza antincendio e, dunque, nessun conflitto di interesse sarebbe concretamente ravvisabile tra le imprese che aderiscono alla detta Associazione.

4.3. La Regione Lazio, da parte sua, insiste nell'eccezione già sollevata in prime cure evidenziando in aggiunta che, da una parte, le imprese iscritte operano in settori a basso, medio ed alto rischio, mentre la legge di gara richiede esperienza nel settore antincendio in "ambienti a rischio medio e alto" e, dall'altra, che lo statuto dell'associazione non pone alcun limite di fatturato specifico per poter chiedere e ottenere l'iscrizione alla stessa, laddove invece il bando pone come requisito di ammissione il possesso di un fatturato specifico. Anche tali aspetti sarebbero indicativi del conflitto di interessi in cui verserebbe -OMISSIS-

-OMISSIS-, interveniente *ad opponendum*, rileva come l'appello sia infondato posto che mancherebbero all'associazione i presupposti che devono concorrere a fondare la legittimazione attiva. Inoltre osserva -OMISSIS- che l'appello sarebbe comunque inammissibile perché l'appellante avrebbe impugnato atti di gara privi di efficacia immediatamente escludente.

4.4. Com'è noto, la questione della legittimazione attiva dei c.d. enti collettivi è stata oggetto di un ampio dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Si tratta di quei soggetti che hanno come fine statutario la tutela di interessi collettivi, ovvero interessi comuni a più soggetti che si associano come gruppo o come categoria per realizzare i fini del gruppo stesso. Tali enti si distinguono tanto dai singoli associati quanto dalla comunità generale. L'interesse collettivo, dunque, deve essere un interesse riferibile al gruppo in sé, che, da parte sua, non può avere una dimensione occasionale. Si è, di recente, evidenziato che *L'interesse diffuso del quale si sta discorrendo è un interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di "tutti" in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri.*

Ciò chiarito, l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale "personale"

suscettibile di tutela giurisdizionale (non è cioè protetto da un diritto o un interesse legittimo) posto che l'ordinamento non può offrire protezione giuridica ad un interesse sostanziale individuale che non è in tutto o in parte esclusivo o suscettibile di appropriazione individuale. E' solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo, sicché - per tornare alla critica mossa dall'orientamento giurisprudenziale citato, incentrata sull'asserita violazione dell'art. 81 cpc - seppur è lecito opinare circa l'esistenza o meno, allo stato dell'attuale evoluzione sociale e ordinamentale, di un interesse legittimo collettivo, deve invece recisamente escludersi che le associazioni, nel richiedere in nome proprio la tutela giurisdizionale, azionino un "diritto" di altri. La situazione giuridica azionata è la propria. Essa è relativa ad interessi diffusi nella comunità o nella categoria, i quali vivono sprovvisti di protezione sino a quando un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo, non li incarna. (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6).

L'interesse, dunque, deve essere differenziato e, conseguentemente, la lesione di tale interesse legittima al ricorso l'organizzazione in quanto tale. In *subiecta materia* è poi *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui nel processo amministrativo per la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi si rivela necessario che : a) la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbe automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della

posizione azionata in giudizio; resta infine preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi, occorrendo un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9; 27 febbraio 2019, n. 2). La perdurante predicabilità di forme di tutela di interessi diffusi ove suscettivi di un processo di cd. collettivizzazione a mezzo della entificazione della comunità di riferimento è stata, poi, di recente ulteriormente ribadita da questo Consiglio in composizione plenaria anche laddove non vi sia un atto di rango legislativo che ciò esplicitamente riconosca (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6, già sopra citata).

Vale ulteriormente soggiungere che l'ipotesi di conflitto di interessi, che priva di legittimazione ad intervenire gli enti collettivi, non può essere desunta dall'esistenza di posizioni differenziate all'interno della medesima categoria di operatori economici o professionali, quando a intervenire nel giudizio amministrativo non sia un ente preposto alla rappresentanza istituzionale di quest'ultima, come nel caso degli ordini professionali, per i quali una rappresentanza così estesa ha fondamento nella legge; diversamente, in caso di associazioni di imprese, il cui potere rappresentativo ha invece origine nel contratto istitutivo dell'ente collettivo, il requisito dell'omogeneità dell'interesse fatto valere in giudizio deve essere accertato nell'ambito della sola base associativa, oltre che in relazione alla natura della questione controversa in giudizio e alla sua riconducibilità agli scopi statutari dell'ente. Sulla base dei suddetti rilievi si è, dunque, evidenziato che non può ritenersi sfornita della legittimazione ad intervenire in giudizio un'associazione di imprese quando, ferma la rilevanza della questione per le finalità statutarie perseguite, non risulta che alcuno degli operatori economici che ad essa partecipi abbia assunto

iniziative di carattere giurisdizionale contrastanti con l'intervento in giudizio dell'ente collettivo (Consiglio di Stato ad. Plen., 21 maggio 2019, n. 8).

5. Orbene, applicando questi principi al caso che occupa deve, anzitutto, premettersi che -OMISSIS- è un'associazione che, come emerge dallo statuto, raggruppa imprese esercenti l'attività di sorveglianza e prevenzione antincendio e che operano in vari settori, tra i quali anche quello sanitario.

5.1. Di poi, una serena lettura della domanda spiegata in primo grado consente di affermare che, con l'azione proposta innanzi al TAR per il Lazio, quanto al primo motivo di ricorso, la detta associazione ha inteso tutelare l'interesse generale di tutte le imprese operanti nel settore della vigilanza antincendio alla tutela della professionalità e specializzazione della categoria attraverso l'affermazione del principio che alle gare per l'affidamento dei servizi di sorveglianza antincendio possano partecipare solo imprese qualificate in ragione del loro specifico vissuto professionale e non già imprese che non hanno mai svolto un simile – per di più particolarmente delicato – servizio.

5.2. In tale accezione minimale – che giustappunto si qualifica nel rivendicare la valorizzazione del dato esperienziale senza ulteriori qualificazioni o condizioni che aggancino tale professionalità a particolari e circoscritti ambiti settoriali ovvero a prestabilite soglie di fatturato - è di tutta evidenza come resti, da un lato, salvaguardata l'omogeneità della posizione di categoria unitariamente rappresentata dall'associazione appellante ed, al contempo, esclusa la potenziale conflittualità con la posizione di singoli associati che potrebbe riemergere come evenienza possibile solo rispetto ai fattori condizionanti evidenziati dalla Regione Lazio (vale a dire ambito operativo circoscritto solo al settore sanitario, soglia minima del dato esperienziale riconnessa ad un determinato grado di rischio incendio ovvero ad un livello di fatturato specifico), fattori

discriminanti che, però, rispetto al primo motivo di ricorso, non è dato riscontrare.

5.3. Ed, invero, con il primo motivo del ricorso introduttivo di giudizio, riproposto nel medesimo ordine anche nel giudizio di appello, l'odierna appellante sviluppava le proprie censure muovendo per gradi ed arrendendosi, nel primo stadio delle proprie contestazioni, al profilo della tutela della categoria tutta in contrapposizione "esterna" con operatori economici che non possono vantare una qualificazione specifica nel settore della vigilanza antincendio.

Segnatamente, con tale doglianza risulta attratto nel fuoco della contestazione attorea l'art. 7.2. del disciplinare di gara nella parte in cui prescrive, peraltro tra i requisiti di "*capacità economica e finanziaria*", il possesso di un "*fatturato specifico relativo a servizi di sorveglianza e prevenzione incendi, riferito al triennio 2016-2017-2018*" nella dichiarata "*necessità di selezionare operatori economici in grado di garantire un adeguato livello di servizio – tenuto conto della rilevanza delle prestazioni per gli utenti finali*" e per la "*necessità di affidare il servizio ad operatori che abbiano già maturato esperienza in materia antincendio e siano in grado di prevenire i fattori di rischio incendio e gestire le situazioni di emergenza...*", salvo poi consentire che "*in alternativa al requisito di fatturato specifico l'operatore economico può presentare: d. Idonee referenze bancarie*".

Nel proprio costrutto giuridico -OMISSIS-oppone che il suddetto arresto regolatorio sarebbe illegittimo sotto i seguenti profili:

- i) illegittima sostituzione del requisito attinente alla "*capacità economica e finanziaria*" in luogo del requisito relativo alla "*capacità tecnica e professionale*";
- (ii) travisamento della distinzione, in punto di requisito significativo, tra "*fatturato globale*" e "*fatturato specifico*";
- (iii) illegittima e contraddittoria sostituzione tra il requisito partecipativo, inteso in senso sostanziale, e il mezzo di prova a dimostrazione di detto requisito.

L'effetto conformativo delle prescrizioni di gara che l'appellante mira a neutralizzare con la censura in argomento consiste, in definitiva, nell'impropria valenza assegnata alle "referenze bancarie" che verrebbero accreditate come possibile alternativa al requisito del fatturato specifico cui andrebbe assegnata, però, nella stessa economia della disciplina di gara la distinta natura di requisito di professionalità.

Nella suddetta prospettiva, il riferimento alle strutture sanitarie ed ospedaliere, pur contenuto nella esposizione delle soprarichiamate osservazioni censoree, ha una valenza meramente esemplificativa di portata non escludente della competenza operativa dell'Associazione, non potendo inferirsi da essa, con inaccettabile pretesa di automaticità, una rigida perimetrazione a tale micro settore dell'ambito delle rivendicazioni azionate con tale capo di domanda.

5.4. Non può, dunque, essere condivisa la statuizione di primo grado nella parte in cui ha ravvisato (in via oltretutto potenziale) un conflitto di interessi interno alla detta Associazione. Ed, invero, in disparte il dato afferente alla natura solo meramente presuntiva dell'affermato conflitto, assume rilievo dirimente il fatto che, rispetto alle deduzioni compendiate nel primo capo della domanda attorea, tutte le imprese associate condividono il medesimo interesse a far emergere l'affidabilità specifica e l'idoneità tecnico-professionale conseguite nell'ambito del settore della vigilanza antincendio.

5.5. Né, peraltro, ha pregio l'ulteriore eccezione sollevata dalla Regione Lazio secondo cui -OMISSIS-, in base al dato letterale dell'articolo 4 del proprio statuto, riunirebbe sia imprese di sorveglianza antincendio che imprese attive in generiche e non meglio qualificate attività di sorveglianza, di guisa che non tutti gli aderenti alla detta Associazione opererebbero nel settore specifico della sorveglianza antincendio. Da qui, nella prospettazione dell'Amministrazione resistente, la possibilità concreta

dell'insorgenza di un conflitto visto che alcuni concorrenti, operativi in ambiti di attività riconducibili ai codici -OMISSIS-

5.6. Di contro, rileva il Collegio che, in disparte la più che dubbia riconducibilità delle generiche attività di vigilanza privata sussumibili nei codici -OMISSIS- all'elenco delle specifiche attività di sorveglianza antincendio elencate all'articolo 4 dello statuto -OMISSIS-e qualificate dalla stretta correlazione con specifici e ben individuati fattori di rischio incendiario, deve, comunque, rilevarsi che manca, in apice, e proprio per la valenza eccentrica di tali obiettivamente diversi settori di intervento, la prova che le dette società facciano parte della base associativa -OMISSIS- potendo solo al suo interno apprezzarsi, come già evidenziato, potenziali conflitti.

5.7. A diversa conclusione deve, però, pervenirsi quanto ai residui motivi di gravame ovvero, anzitutto, rispetto al denunciato profilo di contraddittorietà interna della legge di gara nella definizione del livello di "rischio incendio" valorizzato ai fini del servizio qui in rilievo (cfr. secondo motivo di gravame).

Segnatamente, l'appellante oppone che, per un verso, il disciplinare di gara (art. 7.2.) considera la necessità di affidare l'appalto ad operatori che abbiano maturato esperienza nella materia antincendio in "*ambienti a rischio incendio medio e alto*", mentre per altro verso si è considerato nel capitolato (artt. 3 e 6.1.) il peculiare contesto ospedaliero prevedendosi che il rischio incendio che il personale deve essere preparato ad affrontare va individuato esclusivamente in quello elevato.

Orbene, la pretesa contraddittorietà della disciplina di gara nella declinazione del requisito in argomento non impatta in sé con le finalità statutarie dell'associazione ed, inoltre, sul punto hanno fondamento le eccezioni sollevate dalla Regione secondo cui la omogeneità dell'interesse tutelato non troverebbe più riscontro nel minimo comun denominatore

della specializzazione delle imprese affiliate all'Associazione nel campo della prevenzione antincendio in quanto implicherebbe anche il positivo riscontro di un ulteriore fattore di portata obiettivamente discriminante, rappresentato dalla diversa categoria di rischio (basso, medio, alto) che andrebbe a qualificare l'esperienza maturata nel settore antincendio.

Per le medesime ragioni nemmeno possono trovare qui ingresso le ulteriori doglianze (terzo motivo di gravame) che involgono la legge di gara nella parte in cui consente al singolo operatore di concorrere per tutti i 10 lotti i cui si articola la commessa salvo il limite di aggiudicazione fissato in massimo 3 lotti. Secondo l'appellante, la soglia di fatturato specifico sufficiente a consentire tale aggiudicazione cumulativa sarebbe troppo bassa rispetto al valore complessivo dell'affidamento.

Anche nella suddetta prospettiva, per effetto dell'introduzione di un fattore ulteriormente specializzante, viene a mancare un aggancio diretto ed immediato con le finalità statutarie perseguite dall'Associazione e che vanno apprezzate in stretta connessione con l'ampio ventaglio della tipologia di imprese tutelate ed i diversi gradi di professionalità che le medesime possono offrire, di guisa che, ove ci si discosti dal comun denominatore della appartenenza al settore di mercato qui in rilievo per far emergere ulteriori parametri in chiave selettiva, si smarrisce il dato imprescindibile della omogeneità dell'interesse tutelato.

6. Fin qui, dunque, in coerenza con l'effetto devolutivo dell'appello, lo scrutinio della sentenza di primo grado che, pertanto, per i profili sopra passati in rassegna, si rivela non condivisibile limitatamente alla statuizione di inammissibilità riferita al primo motivo di gravame.

Orbene, come già sopra anticipato, residuano ulteriori profili controversi, non esplorati in prime cure, che afferiscono pur sempre al tema in argomento delle condizioni dell'azione e che, più in particolare, riguardano, da un lato, la legittimazione ad agire di -OMISSIS-e, dall'altro, l'interesse ad

agire, occorrendo la necessaria compresenza di entrambe le suddette condizioni per ritenere superato il vaglio pregiudiziale dell'ammissibilità della domanda azionata in giudizio, compresenza qui non assicurata.

6.1. Sotto il primo profilo, viene in rilievo la questione della legittimazione della Associazione appellante ad impugnare, fin dal momento della loro pubblicazione, disposizioni contenute in atti di gara che, nel definire i requisiti di ammissione, interferiscono in modo pregiudizievole con le finalità statutarie dell'Associazione medesima, questione cui si correla il quesito di definire, anche in ordine alle modalità e alla tempistica, ed in raffronto con quello spettante al singolo associato, la sussistenza in capo all'Ente collettivo di un autonomo potere di iniziativa giurisdizionale.

6.1. Segnatamente, vengono qui in rilievo le ulteriori eccezioni sollevate dalla Regione Lazio e che traggono alimento da una recente pronuncia di questa Sezione che (Cons. St., sez. III, 2 marzo 2020, n. 1467), in un giudizio del tutto analogo, ha escluso la legittimazione dell'odierna appellante rilevando che *"..OMISSIS-dichiara di far valere un "interesse collettivo" che, a ben vedere, appare essere la mera sommatoria di interessi squisitamente individuali"*.

6.2. Sul punto, vale precisare che non costituisce ostacolo ad una valutazione di merito dei contenuti di tale eccezione l'opposizione sollevata dall'appellante secondo cui l'Amministrazione resistente sarebbe decaduta dalla relativa facoltà per non aver ritualmente riproposto nel giudizio di appello l'eccezione in argomento nel rispetto delle modalità e della tempistica di cui all'art. 101 c.p.a. dal momento che le relative problematiche, incentrate su una condizione dell'azione non espressamente vagliata dalla sentenza di primo, resterebbero, comunque, conoscibili anche d'ufficio (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4).

6.3. Nel recente approdo decisorio cui è pervenuta questa Sezione (Cons. St., sez. III, 2 marzo 2020, n. 1467) sono sviluppate anzitutto

argomentazioni di ordine generale che traggono alimento da principi affermati nella recente decisione, già sopra richiamata, dell'Adunanza Plenaria n. 6/2020. Di poi, nella declinazione applicativa dei suindicati postulati il divisato *decisum* ha introdotto un ulteriore principio, in via complementare, e che sembrerebbe dequotare la rilevanza giuridica dell'interesse categoriale ivi azionato nel raffronto con gli atti e le regole che reggono il procedimento di evidenza pubblica.

Ed, invero, nella decisione in argomento il Consiglio di Stato ha escluso la legittimazione di -OMISSIS-, ritenendo che l'interesse azionato non possa essere qualificato come *“interesse collettivo”* bensì come la *“mera sommatoria di interessi squisitamente individuali”*, risolvendosi *“nella prospettiva unitaria e contestuale di interessi che non sono tuttavia “diffusi” e indistinti, ma che invece hanno un loro rilievo giuridico a livello individuale, in quanto qualificati e differenziati e collegati ad un bene della vita (l'aggiudicazione) suscettibile di appropriazione individuale ed esclusiva, talchè essi ben potrebbero essere tutelati dai singoli operatori economici aderenti all'associazione”*.

Il giudice d'appello ha, dunque, ritenuto che la posizione azionata in giudizio da -OMISSIS- costituisca espressione della proiezione su un piano parallelo della mera aggregazione di plurimi interessi legittimi individuali, ciascuno autonomamente tutelabile, concludendo nel senso che *“l'interesse a che le procedure di affidamento di appalti pubblici aventi a oggetto servizi di “vigilanza e prevenzione antincendio” preservino e tutelino la professionalità e la specializzazione tecnica acquisita negli anni dagli operatori economici del settore – prospettato dall'Associazione appellante - altro non è che la declinazione, su un piano generale e indistinto, dell'interesse legittimo di alcune delle imprese associate, in possesso di quei più rigorosi requisiti di specializzazione tecnica, a poter partecipare alla gara al riparo dalla concorrenza di altre imprese “generaliste” o meno specializzate, pure operanti nel settore”*.

6.4. Tale postulato viene recisamente contestato dall'appellante nella parte

in cui seleziona rigidamente attraverso il prisma del bene finale dell'aggiudicazione il ventaglio degli interessi giuridicamente rilevanti evocati da procedure competitive con l'effetto, a dire di -OMISSIS-, di comprimere irrimediabilmente lo spazio operativo degli enti collettivi, non attivamente partecipi nel confronto concorrenziale del singolo procedimento di gara, ma ciò nondimeno interessati a che le regole che la governano non interferiscano con l'interesse categoriale.

6.5. La questione di indubbio rilievo si inserisce nel solco della più ampia problematica connessa alle attività di selezione e di differenziazione di interessi giuridicamente rilevanti nelle procedure di gara ed alla possibile coesistenza in relazione ad esse di interessi di diversa natura.

6.6. Ritiene al riguardo il Collegio che il costrutto giuridico attoreo, nei termini generali suesposti, non può dirsi implausibile ben potendo riconoscersi anche rispetto alle procedure di evidenza pubblica forme di tutela giurisdizionale degli enti collettivi nei casi in cui giustappunto risultino titolari di una posizione giuridica "corporativa" con la quale, in via di mera tesi, può obiettivamente interferire una procedura di gara. Il diretto corollario di tale assunto non può dunque che essere quello della astratta riconoscibilità di forme giuridiche di protezione analoghe all'interesse legittimo e l'azionabilità delle relative pretese di tutela in sede giurisdizionale. Tanto in linea - oltre che con il disposto dell'art. 4 della legge n. 180 dell'11.11.2011, alle condizioni ivi previste - con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali e con il principio della libertà di associazione ex art. 18 Cost., rimanendo in caso contrario fortemente limitata l'azione associativa.

La condizione ineludibile perché operi il riconoscimento di tale legittimazione, sostanziale e processuale, è però strettamente legata all'emersione di un interesse che rifletta, in ragione del carattere sociale e non esclusivo delle relative forme di soddisfazione, una dimensione unitaria

immediatamente ascrivibile alla categoria in quanto tale e che si appunti sul bene “intermedio” di una definizione delle regole di gara coerente con l’interesse del gruppo al rispetto ed alla valorizzazione della professionalità acquisita e della salvaguardia della esclusività categoriale sul mercato.

In una visione necessariamente dinamica della emersione degli interessi evocati dall’esercizio del potere pubblico, tra l’indifferenziato interesse della collettività a fruire di un servizio qualitativamente adeguato e sicuro e l’interesse individuale del singolo operatore al conseguimento dell’aggiudicazione, quale bene della vita, può dunque polarizzarsi in capo all’Associazione di categoria un interesse intermedio, ontologicamente diverso dagli altri, riferito inscindibilmente al gruppo in quanto tale e che, nella detta dimensione, si riferisca al compendio degli atti generali che definiscono l’assetto organizzativo della gara.

Tale interesse ben può risiedere, ove ancorato a parametri selettivi di reale ed obiettiva differenziazione, nella tutela della particolare e specifica professionalità della singola comunità, sempreché entificata, formata da imprese che vantino uno *status* professionale distinto e proprio e che le abilita ad operare in un particolare settore di mercato: in siffatta evenienza viene, infatti, ad enuclearsi un interesse che si dispiega in modo omogeneo e diffuso all’interno della suddetta comunità e che viceversa si presenta come differenziato rispetto a quello delle altre imprese.

7. I suddetti rilievi non giovano, però, all’Associazione appellante dal momento che l’iniziativa qui in rilievo impatta, comunque, nella mancanza di un concreto interesse ad agire, ossia dell’utilità giuridica derivante dal ricorso e che implica la concretezza e l’attualità del danno alla posizione giuridica che si dichiara lesa.

Com’è noto, è *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui “...l’interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di “bisogno di tutela giurisdizionale”, nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile

per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è, dunque, espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti l'extrema ratio; da qui, i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità) alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche...". Si è, inoltre, evidenziato che *"...tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo..."* (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 9).

7.1. Orbene, ad avviso del Collegio, il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di interesse, alla stregua dei principi, qui replicabili, più volte espressi in giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. St., Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4) sui presupposti necessari per un'immediata impugnazione del bando di gara.

7.2. Ed, invero, rilievo dirimente assume la circostanza che le clausole contestate non hanno valenza *"escludente"* ma pacificamente natura *"permissiva"* di guisa che – ampliando e non selettivamente restringendo la platea dei possibili partecipanti – la lesione dell'interesse collettivo azionato, volto a salvaguardare una riserva operativa a favore delle imprese associate siccome professionalmente qualificate, ad oggi, si correla a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

E' pur vero che -OMISSIS-, in quanto Associazione di categoria, non partecipa alla gara e non ha interesse all'aggiudicazione, ma tanto non

interferisce con il suindicato principio di fondo: il risultato finale della procedura non costituisce affatto una circostanza neutra rispetto alla dimensione collettiva dell'interesse azionato, ben potendo all'esito della stessa risultare aggiudicataria proprio un'impresa del settore della sorveglianza e prevenzione antincendio, con conseguente inutilità delle doglianze svolte in questa sede avverso il bando, rimanendo intangibile in tal caso la finalità statutaria perseguita dall'Ente.

7.3. La stessa appellante nel proprio impianto argomentativo assume che *“-OMISSIS-non ha e non può avere alcun interesse all'aggiudicazione, essendo per essa indifferente l'esito della gara, purché ad aggiudicarsela sia un Operatore Economico del settore della sorveglianza e prevenzione antincendio”* e tale evenienza, ad oggi, non resta affatto preclusa in quanto, come dimostrato dalla documentazione prodotta in giudizio dalla stessa parte, alla competizione in argomento partecipano anche imprese in possesso della specializzazione e professionalità che l'Associazione appellante ritiene essenziali.

Appare allora evidente, in applicazione dei principi sopra richiamati, che anche nel caso di -OMISSIS-la lesione della sfera giuridica potrà eventualmente inverarsi con i predicati della concretezza ed attualità solo al momento della aggiudicazione alla gara non potendo escludersi, prima di tale fase, uno sviluppo del confronto concorrenziale con esiti che si dispieghino in coerenza con le aspettative qui rivendicate, tale evenienza rendendo di per sé plasticamente evidente la valenza solo ipotetica della lesione lamentata.

7.4. Ed, invero, occorre qui considerare che il bando di gara ed in generale tutti gli atti che compongono la *lex specialis* – a differenza di atti regolamentari o comunque ad efficacia permanente - esauriscono la loro funzione regolatoria all'interno della singola procedura che, pertanto, ne perimetra rigidamente la relativa efficacia conformativa.

Tenendo conto di ciò, non può essere condiviso il processo di astrazione

dal quale trae alimento il costrutto giuridico attoreo e che, in una prospettiva di valutazione statica, di per sé non appagante, mira a cristallizzare al solo momento della indizione della procedura l'apprezzamento degli effetti lesivi che discendono dalla *lex specialis*.

Di contro, le regole in questione, fatte oggetto di contestazione, non esplicano effetti al di fuori della procedura selettiva di guisa che, anche nel caso di Enti collettivi, è necessariamente in riferimento ad essa, ed ai relativi concreti sviluppi, che va apprezzata l'attitudine lesiva degli interessi "rappresentati".

Non può, in altri termini, trascurarsi che le dette regole hanno una vocazione tipicamente procedurale tutta protesa verso l'effetto finale dell'aggiudicazione di talché, una volta completato il relativo *iter*, le regole in questione non hanno più ragion d'essere e non sono come tali replicabili. Ne discende, allora, che, anche per l'Associazione qui in rilievo, è solo a valle della procedura che, rispetto a regole "permissive" (e non escludenti), potrà ritenersi predicabile l'interesse ad agire ove la regola contestata, per effetto della sua applicazione e nello sviluppo dinamico della procedura, abbia effettivamente prodotto un effetto lesivo, allo stato, solo potenziale, dovendo, di contro, escludersi tale evenienza nel caso in cui l'aggiudicazione venga dichiarata in favore di un'impresa in possesso della professionalità e specializzazione ritenuta necessaria.

In altri termini, anche la posizione soggettiva corporativa qui azionata in giudizio, ad oggi, non può dirsi in concreto compromessa dalla procedura in argomento costituendo tale effetto lesivo una mera possibilità, di per se stessa non sufficiente a reggere l'interesse al ricorso. Né rispetto alla stessa prospettazione dell'appellante residuano – oltre al dichiarato interesse alla riserva della competizione ai soli operatori professionalmente qualificati – ulteriori interessi, ad esempio di ordine morale, che risulterebbero di per se stessi compressi già solo per la pendenza della suddetta procedura.

Conclusivamente, l'appello va respinto.

Le spese in ragione della peculiarità della vicenda scrutinata possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO