

Pubblicato il 16/03/2021
N. 02260/2021REG.PROV.COLL.
N. 05980/2020 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 iscritto al numero di registro generale 5980 del 2020, proposto da Società Autocooperative Trasporti Italiani - SATI s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Francario e Luca Maria Petrone, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza Paganica n. 13;

contro

Comune di Termoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ruta, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;
Centrale unica di committenza dei Comuni di Campomarino, Guglionesi e Termoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

G.T.M. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanna De Santis e Paolo Tesauo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Largo Messico n. 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 54/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Termoli e di G.T.M. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons.

Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Francario, Ruta e De Santis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Molise, SATI s.p.a. chiedeva l'annullamento, nella parte di interesse, dei chiarimenti pubblicati dal Comune di Termoli in riferimento alla procedura aperta indetta per l'affidamento di un *project financing* avente ad oggetto “*la progettazione, la realizzazione e la gestione delle infrastrutture complementari all'esercizio della mobilità urbana*” e “*la gestione del trasporto pubblico locale*”, nonché del bando e del disciplinare di gara, unitamente ai presupposti atti istruttori.

A sostegno del proprio gravame, la società rappresentava le seguenti circostanze:

1) con bando spedito per la pubblicazione in data 8 aprile 2019, il Comune di Termoli aveva indetto una procedura di *project financing* per la realizzazione e gestione di infrastrutture complementari all'esercizio della mobilità urbana e gestione del trasporto pubblico locale, sulla base di una precedente proposta formulata dalla società G.T.M. s.r.l., che gestiva il servizio di trasporto pubblico locale del Comune di Termoli dal 2007;

2) dall'esame degli atti di gara sarebbe emersa *“l'assoluta predominanza della componente economica del servizio di trasporto pubblico – per cui vi è l'impegno all'erogazione del contributo regionale di complessivi € 38.540.540,00 (calcolato sulla base della durata ventennale della concessione) – rispetto a quella dei lavori – per € 7.646.500,00 – di cui solo una parte di questi afferisce effettivamente alle infrastrutture”*;

3) l'analisi dell'oggetto del contratto *“rende immediatamente evidente che la disciplina applicabile al caso di specie può essere solo quella contenuta nel Regolamento CE 1370/2007”* relativamente al servizio di T.P.L., *“escludendosi in radice la possibilità stessa di ricorrere al project financing”*, sicché l'amministrazione avrebbe dovuto *“bandire due distinte procedure, l'una per la realizzazione delle opere infrastrutturali e l'altra per l'affidamento della concessione di trasporto, onde salvaguardare pienamente la riserva di disciplina di cui al Regolamento CE 1370/2007”*.

Nel riscontrare le richieste dei concorrenti e della stessa ricorrente, l'amministrazione rendeva una serie di circostanziati chiarimenti che però, ad avviso di SATI s.p.a., avrebbero modificato la disciplina di gara, introducendo delle prescrizioni tali da rendere impossibile la formulazione di un'offerta puntuale e consapevole.

Il che ne giustificava l'impugnazione immediata e diretta, anche a prescindere dalla partecipazione alla gara.

In particolare, la ricorrente denunciava l'illegittimità della *lex specialis* e dei successivi chiarimenti sotto diversi profili:

1) i chiarimenti resi dal Comune di Termoli in risposta al quesito n. 3 in data 6 giugno 2019 ed ai quesiti nn. 1 e 2 in data 27 giugno 2019 avrebbero sostanzialmente innovato la disciplina di gara, in modo tale da porre i relativi contenuti in contrasto con le prescrizioni di cui agli artt. 4 e 5 del Regolamento CE n. 1370/2007, all'art. 18, comma 1, lett. a), del d.lgs. 50 del 2016 ed all'art. 18, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 422 del 1997, nella parte in cui dette norme sottraggono l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale alla disciplina dettata in materia di appalti e prevedono l'obbligo del gestore uscente di mettere a disposizione del gestore subentrante la dotazione di mezzi e le infrastrutture necessarie allo svolgimento del servizio; le medesime prescrizioni avrebbero altresì contraddetto l'obbligo dell'amministrazione di assolvere a specifici oneri informativi in ordine alla consistenza delle dette dotazioni in favore della platea dei potenziali concorrenti.

2) Il chiarimento reso in data 27 giugno 2019 in risposta ai quesiti n. 4 e 5 avrebbe innovato la *lex specialis*, prevedendo in capo all'aggiudicatario l'obbligo di riassumere tutto il personale del gestore uscente, senza peraltro mettere a disposizione dei concorrenti le informazioni a tal fine occorrenti (motivo *sub III*).

3) Il chiarimento reso in data 6 giugno 2019 in risposta al quesito n. 11, nel prevedere la necessaria durata ventennale della cauzione definitiva, avrebbe creato un ostacolo insormontabile alla partecipazione alla gara, non essendo le compagnie assicurative operanti sul mercato disponibili a fornire la detta garanzia.

Si costituivano in giudizio il Comune di Termoli e G.T.M. s.r.l., eccependo l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, chiedendone comunque il rigetto.

Con sentenza 13 febbraio 2020, n. 54, il giudice adito dichiarava il ricorso in parte inammissibile, nella parte avente ad oggetto i chiarimenti, in parte irricevibile, nella parte avente ad oggetto il bando ed il disciplinare di gara.

Avverso tale decisione SATI s.p.a. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione degli artt. 4 Par. 8, 5 Par. 3 del Regolamento CE 1370/2007, in combinato disposto con l'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 422/1997 e l'art. 48, comma 7, lett. c) del d.l. n. 50/2017 e le misure nn. 1, 3, 9 dell'Allegato A alla Delibera Agenzia di Regolazione dei Trasporti (ART) n. 49/2015 (Norme che regolano lo svolgimento e la partecipazione delle gare sui servizi di TPL). L'illegittima restrizione della concorrenza e la violazione dei principi di favor participationis, di ragionevolezza, proporzionalità, buon*

andamento e imparzialità dell'azione amministrativa – Omessa pronuncia sull'obbligo di informazione circa i mezzi e le infrastrutture di rete nella disponibilità del gestore uscente.

2) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 septies l. 241/90, in combinato disposto con l'art. 10 Par. 3 Direttiva 23/2014/UE e con il 27° Considerando della Direttiva 24/2014/UE. Nullità della gara per incompatibilità della norma attributiva del potere di indire procedure di finanza di progetto nel settore del TPL e del TPU con il diritto eurounitario.*

3) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 48, comma 7, lett. E), del d.l. n. 50 del 2017, con l'art. 4 Par. 5 del Regolamento CE 1370/2007 da leggere unitamente all'art. 3, Par. 3, della Direttiva 2011/23/CE, nonché con l'art. 2112 c.c. e con l'art. 29 comma 3 d.lgs. 276/2003, così come modificato dall'art. 30 comma 1, legge 7 luglio 2016, n. 122, nonché in applicazione della misura 8 dell'allegato A della Delibera ART 49/2015 (Norme regolanti la corretta applicazione della "Clausola sociale" nel settore del Trasporto Pubblico Locale) – Omessa pronuncia sull'obbligo di informazione circa i mezzi e le infrastrutture di rete nella disponibilità del gestore uscente.*

Il Comune di Termoli e G.T.M. s.r.l. si costituivano in giudizio, insistendo per la reiezione del gravame in quanto infondato.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 25 febbraio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, ritiene il Collegio di poter prescindere dal preliminare riscontro della sussistenza di un effettivo interesse di SATI s.p.a. al gravame – posta in dubbio dal Comune di Termoli per non aver l'appellante impugnato l'aggiudicazione della gara nelle more disposta in favore dell'operatore Air Pullman – dovendosi ritenere lo stesso infondato nel merito.

Con il primo motivo di appello si deduce l'ingiustizia della sentenza di primo grado nella parte in cui *“non risponde alla domanda dell'odierna appellante se l'istituto della “messa a disposizione del materiale rotabile ed infrastrutturale” del gestore uscente e come pure il dovere di informazione che grava sullo stesso incumbent del mercato possa essere oggetto di deroga da parte della s.a. nel momento dell'indizione della gara”*.

Invero, alla luce di quanto previsto dal par. 8 dell'art. 4 del Reg. 1370/2007, le informazioni sulle infrastrutture pertinenti il servizio sui veicoli e sul materiale rotabile costituirebbero la base di ogni gara per l'affidamento dei servizi TPL, ragion per cui la stazione appaltante non avrebbe potuto negare tali informazioni sui veicoli e sul materiale rotabile, sul presupposto che gli stessi sarebbero stati oggetto dell'offerta del gestore uscente.

Invero, con il chiarimento del 6 giugno 2019 la stazione appaltante aveva risposto al quesito n. 3 nei seguenti termini: *“Per quanto concerne la flotta di n. 45 autobus, di cui al paragrafo 1.1 della relazione di fattibilità, si precisa che gli stessi non saranno trasferiti al nuovo concessionario in quanto sono oggetto dell'offerta di gara”*; altresì, nel rispondere al quesito n. 4, volto a ottenere informazioni sugli autobus di G.T.M. s.r.l., precisava che *“Gli autobus non saranno oggetto di trasferimento al nuovo concessionario”*.

Analogo concetto veniva ribadito nella risposta al quesito 5 (sulle officine della G.T.M. s.r.l.), per cui *“Le aree adibite a deposito ed officina non rientrano tra le infrastrutture ricomprese nella concessione. Le stesse rimangono ad appannaggio della GTM e rientrano nell'offerta di gara”*.

Così facendo, però, sarebbero stati elusi sia l'obbligo di informazione (art. 4, par. 8 Reg. 1370/2007), sia quello di *“messa a disposizione del materiale rotabile e delle altre infrastrutture del gestore”* in favore del nuovo aggiudicatario.

Più in generale, deduce l'appellante, la sentenza impugnata avrebbe dovuto essere riformata per non essersi pronunciata in ordine alla contestata illegittimità degli atti gara impugnati (nella specie, i chiarimenti) *“che avevano patentemente violato l'obbligo di informazione a carico della Stazione Appaltante e discendente dall'art. 4 par 8 del Reg. 1370/2007”*.

Il motivo non è fondato.

In ordine all'impugnazione dei chiarimenti a suo tempo resi dalla stazione appaltante, va ribadito il consolidato principio (*ex multis*, Cos. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279) per cui i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in ordine al contenuto del bando e degli atti allegati sono sì ammissibili, ma nei limiti in cui non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrare le regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza poter invece incidervi, modificando o integrando le condizioni di gara (si vedano, in tale senso, Cons. Stato, VI, 2 marzo 2017, n. 978; III, 13 gennaio 2016, n. 74; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; V, 31 ottobre 2012, n. 5570).

L'ammissibilità dei chiarimenti va invece esclusa allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, non assumendo dunque alcun carattere vincolante per la Commissione giudicatrice (Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4441); dette fonti devono pertanto essere interpretate ed applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante.

Invero, i chiarimenti della stazione appaltante possono sì costituire interpretazione autentica con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. Stato, III, 22 gennaio 2014, n. 290; IV, 21 gennaio 2013, n. 341), ma ciò è consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (Cons. Stato, IV, 14 aprile 2015, n. 1889), in caso contrario dovendosi dare prevalenza alle clausole della *lex specialis* ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono.

In ragione della loro natura, deve pertanto escludersi che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante – in quanto privi di contenuto innovativo e, dunque, insuscettibili di autonoma portata lesiva – siano direttamente ed autonomamente impugnabili in sede giurisdizionale.

Bene quindi ha ritenuto il primo giudice – *in parte qua* – inammissibile il gravame, avendo gli stessi valore meramente confermativo dei contenuti della *lex specialis* (che pertanto, ove ritenuti effettivamente lesivi, avrebbero dovuto essere impugnati nel rispetto dell'ordinario termine di decadenza).

Non possono del pari ritenersi fondati gli ulteriori profili di censura concernenti, più nello specifico, le previsioni della *lex specialis* di gara dalle quali sarebbe derivato un ostacolo alla comunicazione – da parte della stazione appaltante – di una serie di informazioni sui veicoli e sul materiale rotabile. Va in primo luogo evidenziato che l'odierna appellante SATI s.p.a. ha agito in giudizio per il loro annullamento, pur non avendo preso parte alla gara: il che è di per sé causa di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, potendosi prescindere dall'onere della partecipazione in presenza di limitate ed eccezionali circostanze (così Cons. Stato, Ad. plen. 26 aprile 2018, n. 4), laddove:

- a) si contesti in radice l'indizione della gara;
- b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

In ordine a quest'ultima ipotesi (le prime due pacificamente non rilevando, nel caso di specie), la giurisprudenza vi riconduce le fattispecie di:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato, IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso ed obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, V, 21 novembre 2011, n. 6135; III, 23 gennaio 2015, n. 293);

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (quali, in ipotesi, una cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono invece essere impugnate unitamente all'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto i soggetti lesi dal provvedimento, rendendo attuale e concreto il *vulnus* della situazione soggettiva (*ex pluribus*, Cons. Stato, V, 27 ottobre 2014, n. 5282); per tali ragioni l'impugnazione di dette clausole necessariamente postula la preventiva partecipazione alla gara.

Ritiene il Collegio che la fattispecie delineata nel primo motivo di appello non possa essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi sopra menzionate, in particolare a quelle *sub* lett. c) ed f).

Invero, come si legge a pag. 17 dell'atto di appello, "*ove la SATI fosse stata puntualmente informata dell'effettiva consistenza dei mezzi e dei depositi impiegati da GTM nel servizio avrebbe anche potuto decidere di non avvalersi – in tutto in parte- delle risorse organizzative della GTM*".

Ciò in quanto, nello specifico, la piena informazione circa i trentanove autobus impiegati "*avrebbe consentito alla SATI di conoscere se la G.T.M. s.r.l. avesse usufruito dei contributi regionali all'acquisto del parco rotabile o al suo rinnovo come recentemente avvenuto con la Delibera di Giunta Regionale n. 467 del 29.11.2019 [...], avente ad oggetto «RINNOVO MATERIALE ROTABILE SU GOMMA –TRASPORTO URBANO PROVVEDIMENTI»*".

Invero, precisa l'appellante, "*l'acquisto sul mercato e l'acquisto presso la GTM non sono misure equivalenti, perché il prezzo di acquisto dalla GTM sarebbe dovuto avvenire al netto del contributo regionale, che alle volte raggiunge anche l'80% del costo del veicolo, come peraltro indicato nella tabella allegata alla gara con l'indicazione di tutti i mezzi della GTM s.r.l. anche se non impiegati nel servizio di Termoli*".

E' peraltro evidente che – anche a voler ritenere fondate, nel merito, le predette censure – una disposizione della *lex specialis* che eventualmente avesse precluso l'accesso alle specifiche informazioni di cui si è detto non avrebbe mai potuto rappresentare, per un operatore economico professionale del settore – quale era SATI s.p.a. – un ostacolo insormontabile, tale da rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica dell'appalto.

Ciò anche a non voler considerare la concreta possibilità, per il suddetto operatore professionale, di reperire *aliunde* tali informazioni – ove di tale pregnanza da vincolare effettivamente le sue scelte strategiche e commerciali – stante la necessaria pubblicità dei finanziamenti regionali e, quindi, l'eventuale accessibilità, presso l'amministrazione erogatrice, della documentazione relativa al loro utilizzo.

Né, per analoghe ragioni, può ritenersi che la mancata indicazione, nel bando, del dato in questione abbia determinato, a priori ed in termini assoluti, una "*grave carenza relativa a dati essenziali per la formulazione dell'offerta*", tale cioè da impedire *ipso facto* una razionale e consapevole strutturazione della stessa.

Il tutto ancora a prescindere da quanto rilevato nella sentenza di prime cure, per cui *“Trattandosi di specifiche tecniche rimesse al confronto concorrenziale, non vi è dubbio che ciascuna ditta avrebbe dovuto proporre una propria autonoma soluzione gestionale tanto con riferimento alla consistenza del parco mezzi quanto con riferimento alle infrastrutture, sicché è escluso che i concorrenti potessero ragionevolmente coltivare l’aspettativa di subentrare nella posizione del precedente gestore, acquisendo le relative risorse organizzative”*.

Al riguardo, va comunque confermato il principio – dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, nel caso di specie – secondo cui è il ricorrente a dover dimostrare in modo puntuale la sussistenza dei presupposti che legittimano l’impugnazione di clausole escludenti – appunto quale ipotesi eccezionale nella quale è consentita l’impugnazione della *lex specialis* di gara a prescindere alla partecipazione alla procedura competitiva, non potendosi limitare a lamentare generiche violazioni di legge ma dovendo invece dimostrare che *“le violazioni contestate hanno impedito all’appellante di acquisire piena conoscenza delle regole che disciplinavano lo svolgimento della gara e di conseguenza, le hanno inibito di parteciparvi e di presentare la propria offerta, così arrecando una lesione effettiva, concreta e attuale all’interesse sostanziale dei potenziali operatori economici del servizio pubblico”* ovvero che negli atti di gara ricorrano *“clausole o condizioni discriminatorie che, in violazione della par condicio, impediscano l’accesso al mercato a concorrenti potenziali [...] e compromettano in concreto la contendibilità della gara in oggetto”* (in termini, Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1329).

Al riguardo, effettivamente va detto – come eccepisce l’appellata G.T.M. s.r.l. – che SATI non ha mai provato di non aver potuto reperire sul mercato un numero di autobus sufficiente a partecipare alla procedura; d’altro canto, tale disponibilità – al pari di quella dei depositi – non era neppure prevista dal bando come requisito di partecipazione, ma solo come criterio di valutazione del progetto presentato dai concorrenti, da acquisire pertanto in sede di esecuzione del contratto. Il disciplinare, a sua volta, non indicava un numero minimo di mezzi da inserire in offerta, rimettendo tale questione all’autonomia progettuale dei concorrenti, anche in considerazione della necessaria riprogrammazione della rete dei servizi di TPL oggetto di affidamento. Deve quindi concludersi che nel caso di specie era precluso, secondo le regole generali, ai soggetti che non avessero presentato un’offerta, dolarsi sia del contenuto delle previsioni della *lex specialis* di gara, sia dei chiarimenti alle stesse, non trovandosi gli stessi in una posizione differenziata nei confronti della procedura selettiva, che l’ordinamento riconosce solo a chi che vi abbia partecipato.

Il motivo di appello va dunque respinto.

Analoghe considerazioni valgono per il secondo motivo di gravame, con cui viene dedotta la nullità del bando di gara *“allorquando, a seguito del mancato riconoscimento dell’interesse di Sati a “subentrare nella posizione del precedente gestore, acquisendo le relative risorse organizzative”, fosse emerso il contrasto tra la norma nazionale, attributiva del potere di bandire la gara di finanza di progetto per l’affidamento del servizio di TPL per la città di Termoli (ex art. 183 comma 15 d.lgs. 50/2016), e il diritto Eurounitario e interno attuativo che impongono l’affermazione dell’obbligo della “messa a disposizione” in capo al gestore uscente”*.

Ad avviso dell’appellante, infatti, potrebbe farsi ricorso al *project financing* per selezionare un affidatario del servizio di TPU solo ove si consenta agli operatori privi dei mezzi e delle infrastrutture di parteciparvi avvalendosi di quelli del gestore uscente: a fronte del dedotto contrasto tra la norma nazionale – che consente di avvalersi della finanza di progetto con promotore per affidare servizi di tale natura – ed il diritto comunitario, la sentenza impugnata (al punto 6.4.) avrebbe fatto applicazione di un risalente indirizzo in base al quale la violazione del diritto comunitario va qualificata quale vizio di illegittimità e non di nullità e, come tale, andrebbe fatto valere entro il termine decadenziale dalla pubblicazione del bando.

Ritiene peraltro il Collegio di dover confermare tale maggioritario orientamento (*ex multis*, già Cons. Stato, V, 19 maggio 2009, n. 3072), dovendosi correttamente intendere il principio della *“primauté”* del diritto eurounitario non come attribuzione a quest’ultimo di un rango sovraordinato

alla legge ordinaria statuale nell'ambito della gerarchia costituzionale delle fonti (da cui l'asserita nullità dei provvedimenti con esso contrastanti), bensì come semplice riserva di specifiche materie (o parti di esse) alla disciplina della normativa sovranazionale (direttamente o tramite norme interne di recepimento), in questo contesto equiparata, quanto a cogenza, alla legge ordinaria, di modo che per tutta la durata della vigenza di dette disposizioni, le norme interne con esse contrastanti – benché formalmente in vigore – non potrebbero trovare applicazione da parte dei giudici nazionali a scapito delle prime.

Con il terzo motivo di appello, infine, la sentenza di primo grado viene censurata per non aver preso posizione sul fatto che con la seconda richiesta di chiarimenti (del 27 giugno 2019) SATI s.r.l. aveva inteso conoscere altri dati del personale da riassorbire, necessari a presentare una consapevole offerta in gara.

A fronte del rifiuto opposto dalla stazione appaltante, detta società impugnava (col terzo motivo dell'introdotto ricorso) i chiarimenti, non solo sotto il profilo della presunta illegittima trasformazione della clausola sociale, ma anche sul contestato *deficit* informativo dei dati relativi al personale da riassorbire, in assenza dei quali la stessa SATI sosteneva di non essere in grado di formulare un'offerta consapevole e seria.

Neppure questo motivo può trovare accoglimento, per le ragioni già evidenziate in ordine ai precedenti profili di impugnazione, sia per quanto concerne la non autonoma impugnabilità dei chiarimenti, sia in ordine all'impossibilità, per SATI s.r.l., di impugnare direttamente le disposizioni della *lex specialis* senza aver preso atto alla procedura di gara.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l'appello va respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune di Termoli e di G.T.M. s.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00) ciascuno, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO