

## Interpretazione della norma abrogante il rito appalti c.d. “super-accelerato”: contrasto giurisprudenziale

di Isabella Tassone

Data di pubblicazione: 8-3-2021

*L'art. 120, comma 2-bis, «ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (recte: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione».*

### GUIDA ALLA LETTURA

Com'è noto, il rito c.d. “super-accelerato” anche detto “specialissimo” o “super speciale” ha originato un animato e vivace dibattito tra gli operatori del diritto sin dalla sua introduzione, disposta dall'art. 204 del codice dei contratti pubblici.

Tale normativa ha inciso in senso profondamente innovativo sulla disciplina processualistica in materia di appalti, prevenendo l'onere d'immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dei concorrenti, pena l'inammissibilità delle censure postume ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a..

Mediante la novella legislativa *de qua* è stata introdotta un'anticipazione della tutela giurisdizionale rispetto agli atti di gara, attribuendo autonoma rilevanza all'interesse strumentale alla corretta definizione della platea dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4927).

Il T.A.R. per il Piemonte ha condiviso le perplessità espresse dalla dottrina in merito alla compatibilità di tale disposizione con la disciplina europea sul diritto di difesa, giusto processo ed effettività della tutela giurisdizionale, e ha indi sottoposto la questione al Giudice Comunitario (T.A.R. Piemonte, sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88).

La C.G.U.E. ha affermato la legittimità del rito super-accelerato a condizione che le

determinazioni della stazione appaltante soggette all'onere d'impugnazione immediata siano idonee a veicolare le informazioni necessarie a esplicitare i motivi su cui si fondano (cfr. C.G.U.E. ordinanza 14 febbraio 2018, in causa C-54/18).

Anche il Giudice delle Leggi si è allineato in senso adesivo al citato orientamento, ritenendo tale normativa non in contrasto con i parametri costituzionali di riferimento (cfr. Corte Costituzionale, sentenza 13 dicembre 2019, n. 271).

*Medio tempore*, per ciò che in questa sede più rileva, l'art. 1, comma 22, lettera a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella l. 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. "Decreto Rilancio") ha abrogato il comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a..

Ai sensi dell'art. 1, comma 23 del citato decreto, detta disposizione si applica "*ai processi iniziati dopo l'entrata in vigore*" della legge di conversione del decreto, ovvero sia dopo il 18 giugno 2019.

Ebbene, come evidenziato nel pronunciamento in commento, **sulla questione interpretativa relativa ai margini di residua applicazione del rito appalti c.d. super-accelerato non sono maturati orientamenti giurisprudenziali univoci.**

Segnatamente, è possibile rinvenire due distinti indirizzi ermeneutici in merito agli effetti della successione nel tempo tra norma abrogata (art. 120, comma 2-*bis* c.p.a.) e norma abrogante (art. 1, comma 23, d.l. n. 32/2019 cit.).

I. La prima opzione esegetica sostiene che il legislatore abbia previsto uno specifico riferimento temporale per la vigenza della nuova normativa, consentendone l'applicazione nei processi pendenti alla data di entrata in vigore.

Ciò renderebbe evidente la *voluntas legis* di rendere immediatamente operante l'abrogazione anche rispetto alle procedure evidenziali già avviate e ancora in corso.

Come già evidenziato, l'art. 120-comma 2-*bis* del c.p.a. ha imposto ai concorrenti l'onere di contestare in via anticipata fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano essere fatti valere in sede di giudizio impugnatorio sul provvedimento di aggiudicazione.

Nei processi radicati dopo il 18/6/2019 tale anticipazione della tutela giurisdizionale **non** è più consentita: la soppressione immediata del rito super-accelerato ha comportato il ripristino dei principi generali in tema di condizioni dell'azione sicché la valutazione della lesività deve essere condotta rispetto all'**interesse protetto all'aggiudicazione.**

In definitiva, data la disposizione abrogante del 2019, il Giudice amministrativo può e deve valutare le censure sulle altrui ammissioni solo se proposte avverso il provvedimento conclusivo del procedimento di scelta del contraente, mediante il quale l'amministrazione manifesta la propria volontà in via definitiva, nelle forme tipiche degli atti autoritativi previsti per legge.

L'indirizzo pretorio in rassegna è stato avallato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nel pronunciamento in commento nonché mediante ordinanza 17 gennaio 2020, n. 148; sentenze 5 marzo 2020 n. 1604; 5 agosto 2020, n. 4927; 2 ottobre 2020, n. 5782; 23 novembre 2020, n. 7257; 3 dicembre 2020, n. 7669.

In tal senso, si è orientata anche la Terza Sezione, sentenza 5 giugno 2020, n. 3585.

**II. La seconda opzione esegetica** è propugnata dalla medesima Terza Sezione, sentenza 29 luglio 2020, n. 4824, nonché dalla Sesta Sezione, sentenza 13 ottobre 2020, n. 6165.

Secondo tale orientamento, la norma che ha abrogato il rito super-accelerato non può essere considerata come introduttiva di una "sanatoria processuale", idonea a rimettere in termini i concorrenti rispetto all'impugnazione dei provvedimenti di ammissione adottati e consolidatisi sotto la vigenza della disposizione abrogata.

Difatti, l'inutile decorso del termine fissato dall'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a. determina il perfezionamento di una fattispecie preclusiva, conclusa, non più rivedibile e, dunque, **non** attraibile al nuovo regime normativo.

Depongono in tal senso i principi d'inoppugnabilità degli atti amministrati e d'inapplicabilità retroattiva dello *jus superveniens*, nonché il disposto dell'art. 2 delle disposizioni transitorie del c.p.a..

Così sinteticamente compendiato il quadro giurisprudenziale di riferimento, appare evidente come la discussione in merito ai residui margini di applicazione del rito appalti c.d. super-accelerato risulti aperta e non sia allo stato giunta ad alcuna conclusione certa e condivisa.

Si auspica un prossimo intervento dell'Adunanza Plenaria sul punto, come caldeggiato dalla V sezione del Consiglio di Stato mediante la citata sentenza n. 5782/2020.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 2358 del 2020, proposto da Società per l'Impianto e l'Esercizio dei Mercati Annonari all'Ingrosso di Milano So.Ge.Mi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lo Pinto in Roma, via Vittoria Colonna 32;

***contro***

Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

***nei confronti***

Roger Group S.p.A., Afol Metropolitana - Agenzia Metropolitana per la Formazione L'Orientamento e il Lavoro, non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 2288 del 2020, proposto da Roger Group S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Adolfo Mario Balestreri e Fulvio Claudio Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

***nei confronti***

So.Ge.Mi. S.p.A., Afol Metropolitana, non costituiti in giudizio;

***per la riforma,***

quanto al ricorso n. 2358 del 2020:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 30 dicembre 2019, n. 2762, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 2288 del 2020:

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 30 dicembre 2019, n. 2762, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Engie Servizi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Giorgio Manca e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata dagli avvocati Lo Pinto, Cintioli, Di Nitto e Balestrieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - La *Roger Group S.p.a.* ha partecipato alla procedura di gara, indetta da «*Società per l'Impianto e l'Esercizio dei Mercati Annonari All'Ingrosso di Milano*» S.p.a. (d'ora in poi: SO.GE.MI.) con bando pubblicato in data 24 gennaio 2019, per l'affidamento del contratto di *global service* manutentivo dei fabbricati e degli impianti della medesima SO.GE.MI., risultando aggiudicataria.

2. - Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato da *Engie Servizi S.p.a.* (seconda classificata) innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, il quale ha accolto il ricorso.

In particolare, il primo giudice:

- ha respinto l'eccezione di tardività dei primi due motivi del ricorso, volti a contestare l'ammissione alla procedura di gara della *Roger Group* (aggiudicataria), sull'assunto che non fosse applicabile al ricorso il rito speciale previsto dall'art. 120, comma 2-bis, del Codice del processo amministrativo, in quanto – dopo l'abrogazione della disposizione codicistica da parte dell'articolo 1, comma 22, lettera a), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) - la disciplina transitoria ha previsto che il nuovo regime si

applichi «ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione» del citato decreto-legge n. 32 del 2019, mentre, nella fattispecie, «il ricorso è stato depositato in data 16.7.2019, e pertanto, successivamente all'entrata in vigore della L. 14.6.2019 n. 55, di conversione del citato Decreto Legge, le cui disposizioni si applicano pertanto al presente giudizio, in luogo di quelle dell'art. 120 c. 2 bis»;

- ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso, incentrato sulla violazione dell'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e dell'articolo 80, comma 5, lettera i), del Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. n. 50 del 2016), in quanto la *Roger Group* non è risultata in regola con gli obblighi previsti dalla legge in materia di diritto al lavoro dei disabili, con conseguente esclusione dalla procedura di gara della *Roger Group* e annullamento dell'aggiudicazione in suo favore.

3. - Sia la *Roger Group* che la *SO.GE.MI.* hanno proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza.

4. - In entrambi i giudizi resiste la *Engie Servizi*, chiedendo che gli appelli siano respinti e riproponendo (ai sensi dell'art. 101, comma 2, del Codice del processo amministrativo) il secondo e terzo motivo del ricorso in primo grado, non esaminati nella sentenza appellata.

5. - All'udienza pubblica del 22 ottobre 2020, le cause sono state trattenute in decisione.

6. - Preliminarmente, va disposta la riunione degli appelli in epigrafe, ai sensi dell'art. 96, comma 1, del Codice del processo amministrativo, in quanto rivolti avverso la medesima sentenza.

7. - Con il primo motivo, le appellanti denunciano l'erroneità della sentenza per aver respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso in primo grado nella parte in cui deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di *Roger Group*, per la carenza del requisito generale del rispetto della disciplina sull'impiego dei disabili di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68. Secondo le appellanti, l'atto di ammissione di *Roger Group* alla procedura di gara, adottato dalla stazione appaltante all'esito della fase di verifica dei requisiti di partecipazione, non essendo stato impugnato nei termini di cui all'art. 120, comma 2-bis, del Codice del processo amministrativo, vigente *ratione temporis*, è divenuto inoppugnabile. Si sottolinea che il provvedimento di ammissione di *Roger Group* è datato 18 marzo 2019, pubblicato in pari data, con la conseguenza che il termine di impugnazione veniva a scadere il 17 aprile 2019, vale a dire due giorni prima dell'entrata in vigore della norma (sopra richiamata) che ha abrogato l'art. 120, il comma 2-bis.

7.1. - L'eccezione è infondata.

7.2. - Pur nella consapevolezza che, in ordine agli effetti della successione nel tempo tra norma abrogata (l'art. 120, comma 2-bis, del C.p.a.) e norma abrogante (l'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, cit.), non sono maturati orientamenti giurisprudenziali univoci, il Collegio ritiene di dare continuità all'indirizzo assunto da questa Sezione con l'ordinanza 16 gennaio 2020, n. 148 e con le sentenze 5 agosto 2020, n. 4927, 2 ottobre

2020, n. 5782, 23 novembre 2020, n. 7257, 3 dicembre 2020, n. 7669; e dalla Terza Sezione con la sentenza 5 giugno 2020, n. 3585 (*contra*: Sez. III, 29 luglio 2020, n. 4824; Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

7.3. - Secondo questo orientamento, nella ricostruzione della disciplina transitoria risultante dalle norme sopra richiamate, è dirimente la considerazione che sia stato assunto come riferimento temporale per l'applicazione della norma abrogante l'inizio del processo (da intendersi coincidente con il deposito del ricorso introduttivo), a dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso al tempo dell'entrata in vigore della nuova norma. Rispetto a queste ultime, la norma dell'art. 120, comma 2-bis, del C.p.a. non ha determinato, alla scadenza del termine previsto per l'impugnazione degli atti endoprocedimentali, alcun effetto di tipo sostanziale. Come rilevato in una delle decisioni sopra richiamate, l'art. 120, comma 2-bis, *«ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (recte: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione»* (così Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585).

7.4. - In altri termini, la norma dell'art. 120, comma 2-bis, cit., ha avuto esclusivamente una funzione di anticipazione della tutela giurisdizionale nelle controversie in materia di affidamenti di contratti pubblici, imponendo l'impugnazione immediata delle esclusioni e delle ammissioni, indipendentemente dalla conclusione del procedimento di gara.

7.5. - E' pur vero che per giustificare il rito ormai abrogato, anche sul piano costituzionale (v. Corte Costituzionale n. 271 del 2019), si è ravvisata una base sostanziale identificata ora nell'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti prima dell'esame delle offerte (su cui Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), ora all'interesse a ridurre la platea dei partecipanti alla gara, che produrrebbe il desiderabile aumento delle *chances* di aggiudicazione.

7.5.1. - Peraltro, il primo è facilmente riducibile a un interesse alla legittimità della procedura, esponendosi con ciò all'obiezione, risalente a un'autorevole dottrina, secondo cui se le situazioni giuridiche soggettive si definiscono in ordine a beni della vita, non s'intende come la legittimità, cioè una qualificazione astratta, possa essere vista come un bene della vita.

7.5.2. - Il secondo, invece, finisce con l'essere il frutto di una generalizzazione che non tiene conto delle ipotesi in cui l'operatore economico è portatore di un interesse diverso: si pensi ai casi in cui l'impresa partecipante scopre nel corso del procedimento (superata la fase delle esclusioni e delle ammissioni all'esito della valutazione dei requisiti) di avere interesse a mantenere immutata la compagine dei concorrenti (ad esempio, perché detta composizione influisce sul calcolo della soglia di anomalia in termini a sé favorevoli); e che, quindi, irragionevolmente, sulla scorta dell'art. 120, comma 2-bis, era onerata da una immediata

impugnazione.

7.6. - Si conferma, quindi, che l'art. 120, comma 2-*bis*, ha svolto esclusivamente una funzione di anticipazione del processo, sottraendo all'interessato la valutazione della lesività (rispetto all'interesse protetto all'aggiudicazione) degli atti di esclusione o di ammissione. Ciò è dimostrato dalla constatazione che, sul piano del pregiudizio arrecato da tali atti endoprocedimentali, l'interesse a ricorrere di chi non sia diretto destinatario dell'atto di ammissione o di esclusione dalla procedura sorge solo successivamente, ossia quando la lesione si dimostri effettiva, quale conseguenza della connessione con i successivi atti del procedimento (e, in particolare, con il provvedimento di aggiudicazione). L'eliminazione del rito approntato con l'art. 120, comma 2-*bis*, comporta, allora, che l'inoppugnabilità maturata sotto la sua vigenza non estingue l'interesse a ricorrere di chi, secondo il meccanismo processuale abrogato, era tenuto a impugnare l'ammissione o l'esclusione altrui (interesse nemmeno ipotizzabile nei confronti di un atto di cui non era diretto destinatario).

Ne deriva come conseguenza che se l'interesse a impugnare l'ammissione altrui sorge dopo l'abrogazione della norma processuale (come nel caso di specie), esso integra quella situazione giuridica che legittima – secondo i principi generali in tema di condizioni dell'azione, che riprendono integralmente vigore – l'esercizio dell'azione di annullamento sia dell'ammissione (altrui) che dell'aggiudicazione (a terzi).

7.7. - In conclusione, l'eccezione va respinta, dovendosi ritenere il ricorso introduttivo tempestivo e ammissibile.

8. - Con il secondo motivo, le appellanti assumono che la sentenza ha errato nell'affermare che la *Roger Group* non fosse in regola con gli obblighi previsti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 (in materia di diritto al lavoro dei disabili), così come richiesto dall'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nonché dalla *lex specialis*.

Premesso che l'obbligo di assunzione di disabili può essere adempiuto, alternativamente, mediante richiesta nominativa di avviamento all'ufficio competente, ovvero attraverso la stipula di una convenzione con il medesimo ufficio, o, anche, con l'avvio al lavoro da parte dell'ufficio competente, le appellanti producono l'attestazione resa dall'AFOL Metropolitana (ente strumentale della Città Metropolitana di Milano, in materia di formazione e lavoro, delegata anche per i servizi di collocamento delle categorie protette ai sensi della legge n. 68 del 1999), secondo cui Roger Group aveva inoltrato all'ufficio competente la richiesta di procedere alla stipula della convenzione di cui all'art. 11 della legge n. 68 del 1999, rimasta inevasa per un disguido che ha impedito che tale convenzione potesse essere esaminata dagli uffici preposti. Con tale attestazione, l'AFOL precisava, altresì, che la decorrenza della convenzione avrebbe dovuto essere fatta risalire all'epoca della presentazione dell'istanza (10 maggio 2018, quindi prima della gara). La stessa Afol Metropolitana, con un'ulteriore email inviata a SO.GE.MI., in data 6 giugno 2019, avrebbe confermato che *"l'azienda è da considerarsi ottemperante a partire dal 10 maggio 2018, e lo è tuttora"*. Si tratterebbe di una vera e propria certificazione afferente a requisiti di carattere generale ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare, di portata vincolante nei confronti della stazione appaltante, posto che

l'Afol Metropolitana (in quanto ente strumentale della Provincia di Milano) sarebbe competente per la stipula delle convenzioni ai sensi dell'art. 11 della legge n. 68 del 1999. Ne deriva come conseguenza che la richiesta di convenzione del 10 maggio 2018, presentata da *Roger Group*, costituisce una modalità di ottemperanza agli obblighi di assunzione di disabili ai sensi della legge n. 68/1999.

8.1. - Le censure sono infondate.

8.2. - In linea di fatto, va precisato che, nella domanda di partecipazione, la *Roger Group* ha dichiarato di aver presentato la certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 68 del 1999. In sede di successiva verifica del requisito, la Città Metropolitana di Milano comunicava alla stazione appaltante che «[n]on risulta agli atti nessun prospetto informativo presentato [da Roger Group] in applicazione della L. n. 68/1999» (come si legge nella mail del 24 maggio 2019, inviata dalla stazione appaltante a Roger Group per sollecitare chiarimenti sul punto).

8.3. - Sul piano normativo, l'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici, prevede l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che «non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito». L'art. 17 cit., cui rinvia la norma del Codice dei contratti, stabilisce che le imprese partecipanti a procedure di gara bandite da amministrazioni pubbliche «sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione». La norma, come chiarito da un consolidato indirizzo della giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443), pone una prescrizione la cui operatività non è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, poiché l'omissione di detta dichiarazione costituisce una causa di esclusione prevista dalla legge e applicabile anche quando non sia richiamata dal bando di gara.

Gli obblighi di cui trattasi possono essere assolti dai datori di lavoro privati sia «mediante richiesta nominativa di avviamento agli uffici competenti [sia] mediante la stipula delle convenzioni di cui all'articolo 11» (art. 7, comma 1, della legge n. 68 del 1999).

8.4. - Come accertato dalla stazione appaltante presso la Città Metropolitana di Milano [ente succeduto alla Provincia, gestore dei centri per l'impiego nell'ambito provinciale, competenti in materia di collocamento dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999: cfr. art. 18, comma 3, del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150 («Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive»)], la *Roger Group* non aveva presentato il prospetto informativo richiesto dalla normativa.

8.5. - Né, contrariamente a quanto asseriscono le appellanti, può ritenersi idonea all'adempimento degli obblighi in materia la mera presentazione dell'istanza con la quale *Roger Group* ha chiesto di stipulare la convenzione ai sensi dell'art. 11 della legge n. 68 del 1999; e ciò non solo perché detta istanza risulta presentata non alla Città Metropolitana ma alla AFOL Metropolitana (azienda speciale consortile partecipata dalla Città Metropolitana di Milano e da numerosi Comuni della Lombardia, che, tuttavia, non è competente alla stipula delle convenzioni ex art. 11 cit.), ma per la ragione dirimente che detta convenzione non risulta

sia stata stipulata prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara per cui è controversia (mentre, come si è già veduto, l'art. 7, comma 1, della legge n. 68 del 1999, prevede che gli obblighi in materia di assunzione di lavoratori disabili possono ritenersi assolti dai datori di lavoro privati se questi stipulano la convenzione di cui all'art. 11 della medesima legge). In particolare, detta convenzione è stata sottoscritta in data 27 maggio 2019, dopo lo svolgimento della gara.

Ne deriva, altresì, che le (asserite) attestazioni rilasciate dall'AFOL Metropolitana possono provare unicamente che *Roger Group* ha presentato la richiesta di stipula della convenzione prima della presentazione della domanda di partecipazione; elemento, tuttavia, insufficiente a dar conto del possesso del requisito prescritto dall'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice dei contratti pubblici.

9. - Gli appelli, in conclusione, vano respinti.

10. - I motivi riproposti da *Engie Servizi* rimangono assorbiti, considerato che, alla luce delle ragioni del rigetto degli appelli, il loro esame non avrebbe alcuna utilità per l'appellata.

11. - Le spese giudiziali possono essere integralmente compensate tra le parti, in ragione della peculiarità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli di cui in epigrafe, previa riunione, li rigetta.

Compensa tra le parti le spese giudiziali.

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