

Significato, funzione, tutela e giurisdizione nella “terza fase” di gara tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto.

di Ludovico Astengo

Data di pubblicazione: 16-3-2022

(...) spetta alla stazione appaltante, nella predisposizione degli atti di gara, conciliare le contrapposte esigenze, su cui si è variamente soffermata la giurisprudenza: da un lato, quella di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti per procurarsi già al momento dell’offerta la disponibilità di beni e mezzi, senza avere la certezza dell’aggiudicazione e con effetti discriminatori ed anti- concorrenziali perché di favore per gli operatori già presenti sul mercato ed in possesso delle dotazioni strumentali, nonché con violazione del principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia U.E., sez. I, 8 luglio 2021, n. 428); dall’altro, quella della stazione appaltante di garantire la serietà e l’effettività dell’impegno assunto dal concorrente di dotarsi dei mezzi necessari all’espletamento del servizio.

(...) L’attuale Codice dei contratti pubblici (in linea di continuità col precedente) prevede che l’aggiudicazione non equivale ad accettazione dell’offerta (art. 32, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016); colloca nella fase successiva all’aggiudicazione la verifica del possesso dei requisiti (art. 32, comma 7) e l’esercizio dei poteri di autotutela secondo le norme vigenti (art. 32, comma 8, primo periodo); impone una crisi temporale tra l’adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (essenzialmente ai fini del c.d. stand still, preordinato al consolidamento della scelta del contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali: art. 32, commi 10 e seg.).

Risulta così delineata, sotto il profilo sostanziale e per via normativa, una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente considerate (cioè collocata tra i due confini “esterni” dell’aggiudicazione e della stipula del contratto), nella quale vengono esercitati poteri pubblicistici (...).

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato affronta alcune questioni d’indubbio interesse a partire da una controversia insorta su di un bando di gara dal tenore letterale particolare.

Un Comune friulano mette a gara l’affidamento dei servizi di accoglienza nell’ambito del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale (**Siproimi**), specificando nel capitolato che “l’appalto sarà eseguito nelle strutture che il concorrente si impegna ad individuare **nel termine perentorio di 5 giorni dall’aggiudicazione**”. L’associazione seconda

in graduatoria **contesta la proroga** concessa a tal fine all'aggiudicataria ma il TAR Friuli respinge il ricorso osservando come la ricorrente **non sia "posizione giuridica soggettiva qualificata che [le] consenta di sindacare la legittimità di una eventuale "tolleranza" dell'amministrazione oltre il termine di decadenza"**, giacché trattasi ormai – a valle dell'aggiudicazione – di una scelta che la PA ha compiuto con "**discrezionalità privatistica pre-contrattuale**".

Il ricorso si fonda sulla contestazione di questa **lettura spiccatamente privatistica** della fase della procedura di affidamento che intercorre tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto. Al contempo si censura la sostanziale **elusione di un autovincolo**, quello che la Stazione Appaltante si era imposta chiedendo all'aggiudicatario l'individuazione dei locali da adibire all'attività di accoglienza entro il termine perentorio di 5 giorni dall'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato ritiene **fondati i motivi di ricorso** ribaltando le osservazioni del Giudice di prime cure.

La prima parte della motivazione è dedicata alla ricostruzione della differenza tra requisiti di partecipazione e di esecuzione nella procedura di affidamento. Si tratta di una premessa logica necessaria per risolvere la controversia in esame: mentre i primi sono necessari per accedere alla gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 D. Lgs. 50/2016) e speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 D. Lgs. 50/2016), i secondi sono di regola "*condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (...), pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali (...), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (...). Peraltro, non si può escludere che la richiesta della predisposizione ed organizzazione di beni e mezzi per l'esecuzione del servizio sia contenuta nel capitolato speciale soltanto ai fini dell'avvio dell'esecuzione, senza condizionare la stipulazione del contratto*".

In altri termini **è la lex specialis a determinare il momento di verifica dei requisiti di esecuzione** (l'offerta, l'attribuzione dei punteggi o la conclusione del contratto). Se dal tenore letterale del bando si rinviene una condizionalità alla stipula, è in tal momento che occorre procedere alla verifica e, in caso di esito negativo, pronunciare la decadenza dell'aggiudicazione.

La discrezionalità attribuita dal Codice dei Contratti Pubblici alla Stazione Appaltante in questo frangente mostra l'intento di **conciliare opposte esigenze**: da un lato esonerare gli operatori economici dal munirsi di nuovi e costosi mezzi di produzione senza garanzia alcuna di aggiudicazione, con **effetti altrimenti discriminatori e sproporzionati** per chi si affaccia sul mercato; dall'altro garantire la **serietà dell'offerta**.

Nel caso di specie, il tenore letterale della *lex specialis* conduce a ritenere necessario individuare gli alloggi (i.e. i requisiti di esecuzione) non già al momento dell'aggiudicazione bensì nei 5 giorni immediatamente successivi e comunque prima della stipulazione del contratto. Non può ritenersi difforme dal bando di gara, quindi, l'offerta dell'aggiudicataria nella parte in cui rimane indeterminata sul punto.

Censurabile è invece il passaggio logico successivo in cui **si nega tutela** al concorrente secondo in graduatoria nella fase compresa **tra l'aggiudicazione e la stipula** del contratto.

L'attuale formulazione dell'art. 32 D. Lgs. 50/2016, difatti, introduce una innovativa crasi temporale spostando a valle dell'aggiudicazione la verifica dei requisiti di esecuzione, l'eventuale esercizio del potere di autotutela e infine la conclusione del contratto, non prima del decorso di un termine di *stand still*.

La Quinta Sezione si spinge sino a definirla una "**terza fase**" della gara pubblica, intermedia tra le due tradizionali, nella quale però vigono ancora regole pubblicistiche, come testualmente contemplato dall'art. 32, comma 8 D. Lgs. 50/2016. Sicché non può negarsi la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo: "***l'intervenuta aggiudicazione non sottrae la relativa sub-fase alla fase pubblicistica (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di pubblici poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante***".

Tra gli atti pubblicistici che incidono sull'individuazione del contraente rientra senza dubbio il provvedimento di decadenza o revoca dall'aggiudicazione quando sopraggiunga l'esito negativo della verifica dei requisiti di partecipazione ex art. 32, comma 7 D. Lgs. 50/2016 "o per mancata attuazione di **altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto**, quali appunto quelli concernenti il possesso dei c.d. requisiti di esecuzione".

Altrettanto indubbio è che la seconda classificata sia portatrice di una posizione giuridica qualificata di **interesse legittimo** alla correttezza dei provvedimenti amministrativi in vista della stipulazione del contratto, dato che dall'emersione di un eventuale vizio potrebbe guadagnare l'aggiudicazione. Costatazione, quest'ultima, che può a maggior ragione formularsi alla luce della più recente giurisprudenza nomofilattica in materia di accesso (**Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 10/2020** laddove osserva che "***l'esecuzione del contratto non è terra di nessuno***", il che a *fortiori* può dirsi per la fase che precede la stipula del contratto stesso) e costituzionale in materia di rito "superaccelerato" (**Corte cost. 217/2019** che ne ha sancito la compatibilità costituzionale con il principio di giurisdizione soggettiva valorizzando gli **interessi strumentali del privato**, purché dotati di solido collegamento con l'interesse finale dell'aggiudicazione).

Da ultimo il Giudice del gravame si sofferma sugli **effetti del termine perentorio di 5 giorni previsto dalla lex specialis** e sulla valutazione di legittimità operata dal TAR in merito alla scelta di proroga discrezionalmente concessa dal Comune all'aggiudicataria.

Respingendo tale ricostruzione, il Consiglio di Stato inizia e conclude il proprio ragionamento sul **piano letterale**: "***si tratta di un auto-vincolo (non fatto oggetto di impugnazione incidentale) al quale la stazione appaltante non si sarebbe potuta sottrarre, come invece ha fatto***". Di più, seppur non espressamente prevista alcuna decadenza, "***non può essere senza significato la qualificazione di perentorietà che ad esso [termine] è attribuita***". Ne consegue **l'illegittimità della scelta della PA** di prorogare i 5 giorni in quanto contraria alla *lex specialis* e con essa al principio di parità, non discriminazione e libera concorrenza.

Chiosando sul versante processuale, la Quinta Sezione conclude la pronuncia ordinando lo scorrimento di graduatoria, trattandosi di servizi fungibili, e la conclusione del contratto con l'appellante previa verifica della disponibilità di alloggi da adibire al progetto di accoglienza, da reperire, appunto, nel termine perentorio di 5 giorni dalla pubblicazione della sentenza.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 596 del 2021, proposto da Ics Ufficio Rifugiati Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Reggio D'Acì, Gianni Zgagliardich, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni 268;

contro

Comune di Aiello del Friuli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

nei confronti di

Aracon S.C.S. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Mattiuzzo, Barbara Fedri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 00010/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Aiello del Friuli e di Aracon S.C.S. Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso proposto da ICS Ufficio Rifugiati Onlus (d'ora innanzi ICS) contro il Comune di Aiello del Friuli e nei confronti della Aracon Cooperativa Sociale Onlus (d'ora innanzi Aracon), per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore di quest'ultima della procedura aperta per "l'affidamento dei servizi di accoglienza nell'ambito del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale (Siproimi) nel Comune di Aiello del Friuli" e della successiva determinazione del 31 dicembre 2020 di "presa d'atto dell'efficacia" della stessa aggiudicazione.

1.1. Premesso che l'art. 2 del capitolato prevedeva che "l'appalto sarà eseguito nelle strutture che il concorrente si impegna ad individuare nel termine perentorio di 5 giorni dall'aggiudicazione. Entro il medesimo termine per ogni alloggio dovrà essere comunicato all'Amministrazione: l'ubicazione, la tipologia, la capienza di posti" e che una disposizione analoga era prevista dalla relazione tecnico-illustrativa, ICS aveva rappresentato che l'aggiudicataria Aracon non si era conformata a detto termine e non aveva individuato le strutture da adibire ad alloggio entro 5 giorni dall'aggiudicazione, con conseguente onere dell'amministrazione di dichiararne la decadenza.

Tuttavia l'amministrazione, ignorando anche le richieste informative sullo stato della procedura e l'invito all'autotutela formulati con nota del 17.12.2020, era intervenuta in soccorso dell'aggiudicataria, posticipando la decorrenza del nuovo contratto con Aracon (all'01.02.2021), al contempo prorogando la precedente convenzione con ICS (al 31.01.2021).

1.2. Col ricorso introduttivo ICS aveva formulato due motivi, lamentando che:

- Aracon avrebbe dovuto essere esclusa già in sede di verifica e di valutazione dell'offerta tecnica, avendo presentato un'offerta "alternativa" inammissibile, nonché indeterminata, contraddittoria ed equivoca; inoltre, gli alloggi individuati non rispondevano ai requisiti di legge quanto alla loro ubicazione e non erano stati indicati nel termine di cinque giorni dall'aggiudicazione; nella determinazione del 31 dicembre 2020 la stazione appaltante aveva valutato tali strutture come "preferibili" rispetto a quelle indicate da ICS, sostituendo il proprio giudizio a quello della commissione giudicatrice;

- nella determinazione del 31 dicembre 2020 l'amministrazione aveva imputato ad ICS la responsabilità delle inadempienze di Aracon, per avere tenuto, quale gestore uscente, un atteggiamento non collaborativo; di qui la proroga della precedente gestione, in effetti dovuta

alla necessità di consentire ad Aracon l'acquisizione della disponibilità di alloggi, mentre il disciplinare di gara avrebbe imposto di dichiararne la decadenza.

2. La sentenza - dato atto della costituzione in primo grado della sola controinteressata e delle difese svolte da quest'ultima - ha respinto il ricorso sulla base delle seguenti argomentazioni:

- quanto al carattere alternativo, e in ogni caso indeterminato e contraddittorio dell'offerta di Aracon (formulata indicando più soluzioni possibili: subentro negli immobili utilizzati da ICS, appartamenti in Ruda e Udine, disponibilità a "proseguire la ricerca" di immobili sul territorio), ha rilevato che "nessun obbligo di precisa individuazione di una soluzione alloggiativa è previsto dalla documentazione di gara, ai fini della competizione tra operatori. Il capitolato, con riferimento all'individuazione di idonee strutture, prevede unicamente un onere successivo all'aggiudicazione"; ha perciò ritenuto che non fosse censurabile "l'eventuale carattere indeterminato dell'offerta" e che fosse privo di rilievo - indipendentemente da ogni profilo interpretativo del d.m. 18 novembre 2019 - il vizio relativo alla presunta inidoneità degli immobili quanto alla loro ubicazione territoriale; in sintesi, la *lex specialis* (non impugnata), "consentendo l'individuazione delle strutture in un momento successivo all'aggiudicazione (art. 2, comma 4, del capitolato)", avrebbe reso ininfluenza, ai fini del giudizio sulla regolarità delle offerte, qualsiasi aspetto relativo alle caratteristiche delle strutture alloggiative;

- poiché, ad avviso del primo giudice, la rispondenza di queste ai requisiti di legge e di capitolato "torna ad emergere solo in una fase successiva all'aggiudicazione, quando l'amministrazione ha concluso il procedimento e individuato la persona del contraente", ci si troverebbe in una "fase pre- esecutiva (e post-procedimentale)" rispetto alla quale il secondo classificato – come ICS – sarebbe "soggetto terzo, non titolare di una posizione giuridica soggettiva qualificata che gli consenta di sindacare la legittimità di una eventuale "tolleranza" dell'amministrazione oltre il termine di decadenza"; non sarebbe perciò titolare di interesse legittimo, né di diritto soggettivo; con la conseguenza che "l'interesse a che la stazione appaltante si avvalga della facoltà di dichiarare la decadenza, prevista a suo esclusivo favore (come correttamente rileva la controinteressata) degrada ad interesse di mero fatto, non tutelabile in giudizio [...]", analogamente a quanto accade per l'esercizio dei poteri di c.d. autotutela contrattuale, nella fase esecutiva del rapporto e la "discrezionalità che l'amministrazione esercita nell'avvalersi o meno della decadenza prevista, indipendentemente dal suo riferirsi ad un atto del procedimento (l'aggiudicazione)" sarebbe "discrezionalità privatistica pre-contrattuale".

2.1. Perciò il ricorso è stato respinto relativamente alle censure della prima parte del primo motivo, mentre relativamente alle restanti censure è stato dichiarato inammissibile "per carenza di una condizione dell'azione – ossia la c.d. possibilità giuridica, cioè l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva, in termini di diritto o interesse legittimo, tutelabile in capo al ricorrente – nella parte in cui censurano la mancata dichiarazione di decadenza".

2.2. Le spese processuali sono state compensate, attese la particolarità e la novità della questione trattata "ingenerata da una *lex specialis* formulata in termini obiettivamente

inconsueti ed equivoci”.

3. Avverso la sentenza ICS ha avanzato appello con due motivi.

3.1. Il Comune di Aiello del Friuli e la controinteressata Aracon si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello.

3.2. Con decreto presidenziale n. 284 in data 23 gennaio 2021 ed ordinanza cautelare n. 832 in data 19 febbraio 2021, è stata respinta l'istanza di sospensione della sentenza avanzata dall'appellante, essendosi ritenuto, col secondo provvedimento, prevalente l'interesse pubblico a dare corso all'affidamento dei servizi di accoglienza e comunque assorbente l'assenza del periculum in mora, essendo reintegrabile anche in forma specifica il danno lamentato dall'appellante, considerata la durata del servizio e la conseguente possibilità di subentro in caso di accoglimento dell'impugnazione.

3.2.1. Proposta nuova istanza cautelare, dopo la stipula del contratto di appalto con l'aggiudicataria in data 25 febbraio 2021 e successiva immissione in servizio in data 1° marzo 2021, la stessa è stata respinta, con ordinanza cautelare n. 1758 del 31 marzo 2021 per mancanza dei presupposti della revoca o della modifica ex art. 58 Cod. proc. amm.

3.3. All'udienza Pubblica del 9 dicembre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria dell'appellante e di repliche delle altre parti.

4. I motivi di gravame possono essere unitariamente considerati, in quanto connessi.

4.1. Col primo motivo viene riproposto il primo motivo di ricorso, col quale ICS aveva contestato il carattere indeterminato dell'offerta di Aracon, essendo questa riferita ad alloggi di cui mai avrebbe potuto avere la disponibilità o comunque in parte non aderenti al requisito dell'art. 19, lett. c), del d.m. 18 novembre 2019.

La sentenza gravata, ad avviso dell'appellante, ha ignorato che l'offerta della controinteressata Aracon era ab origine, quindi già in sede di gara, impossibile, indeterminata e condizionata, perché:

- aveva dichiarato in via principale di voler “subentrare ai contratti di locazione degli affitti già in essere col gestore uscente”, senza considerare che si trattava di alloggi, non dell'amministrazione, ma nella disponibilità della società ICS in forza di contratti stipulati con soggetti terzi; perciò, l'offerta era di natura evidentemente ipotetica ed incerta;

- di ciò era consapevole la stessa offerente, tanto che in subordine aveva individuato “una casa indipendente presso la frazione di Perteole (Comune di Ruda)”, contigua al comune di Aiello e un “appartamento di civile abitazione presso il Comune di Udine” ed inoltre si era resa “disponibile a proseguire la ricerca sul territorio ...”: il dato testuale era tale che l'offerta si

presentava impossibile, ipotetica e condizionata ed assolutamente generica fin dall'inizio;

- i due immobili individuati, poi, non rispettavano il requisito dell'art. 19, lett. c), del d.m. 18 novembre 2019, che prevede che le strutture di accoglienza siano ubicate "nel territorio dell'ente locale proponente o di altro ente locale nell'ambito della medesima provincia, ovvero di provincia differente, purché limitrofo, ad esso associato o consorziato o aderente al progetto";
- in ogni caso l'offerta prospettava plurime alternative modalità di gestione del servizio, ponendosi in contrasto con i principi di immutabilità dell'offerta e di par condicio competitorum.

Ribadita l'essenzialità della caratteristica della territorialità per il "Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati" (c.d. SPRAR o SIPROIMI), l'appellante evidenzia l'insostenibilità dell'offerta di Aracon e la mancanza di disponibilità in capo a quest'ultima degli alloggi da destinare al servizio, come riscontrato dalla PEC del 21 gennaio 2021, con la quale il r.u.p. ha intimato ai proprietari degli alloggi condotti in locazione da ICS di consentire il subentro di Aracon (per di più in aperto contrasto con quanto affermato dallo stesso r.u.p. nella determinazione n. 36 del 31 dicembre 2020, dove era stata valorizzata la disponibilità della struttura di Ruda, che non avrebbe reso necessario il subentro nei contratti di locazione).

4.2. Col secondo motivo è censurata la dichiarazione di inammissibilità dei motivi di ricorso nella parte in cui hanno censurato la mancata presa d'atto, da parte della stazione appaltante, dell'intervenuta decadenza di Aracon dall'aggiudicazione per mancata acquisizione, nel termine perentorio di decadenza di cinque giorni dall'aggiudicazione, della disponibilità degli alloggi in cui svolgere il servizio.

4.2.1. In primo luogo l'appellante lamenta il rifiuto da parte del primo giudice di esercitare la giurisdizione esclusiva dell'art. 133 Cod. proc. amm. in relazione ad atti che ricadono nella "procedura di affidamento", con manifesta violazione dei valori costituzionali che impongono la piena tutela del cittadino di fronte ai provvedimenti della pubblica amministrazione.

4.2.2. Inoltre, la sentenza è considerata errata per avere confuso la scansione procedimentale dell'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016, individuando una "fase pre-esecutiva (e post-procedimentale)", rispetto alla quale non vi sarebbe alcuna forma di tutela.

Per contro, l'appellante osserva che l'art. 32 citato prevede espressamente che, dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, l'amministrazione provveda ad una fase di verifica degli atti della procedura di gara che si articola in due sotto-fasi: a) la prima riferita alla verifica dei requisiti auto-dichiarati dall'aggiudicatario; b) la seconda riferita ad eventuali profili ulteriori eventualmente richiesti quale presupposto per la stipula del contratto o per la consegna in via d'urgenza; anche questa seconda si colloca nella fase dell'affidamento, contestabile davanti al giudice amministrativo, come da giurisprudenza richiamata nell'atto di appello.

In definitiva, si tratterebbe di una fase nella quale, a differenza di quanto affermato dal T.a.r.,

permane l'esercizio del potere pubblico (cfr. Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5498), mentre non sarebbe affatto risolutivo il richiamo dell'art. 1337 cod. civ., operato dal giudice di primo grado, poiché non tiene conto della diversità delle due forme di tutela, impugnatoria e risarcitoria.

Allo stesso modo risulterebbe forzato il paragone, contenuto in sentenza, tra la fattispecie in oggetto e quella della risoluzione contrattuale, cui potrebbe aspirare il secondo classificato in caso di inadempimento del contraente, onde beneficiare dell'eventuale scorrimento della graduatoria, proprio perché, nel caso in esame, non era stato ancora stipulato alcun contratto.

4.2.3. Infine, secondo l'appellante, il T.a.r. avrebbe argomentato in violazione delle prescrizioni di cui alla legge di gara, considerato che:

- era prevista la decadenza dall'aggiudicazione per mancata acquisizione, nel termine perentorio di giorni 5 dall'aggiudicazione medesima, della disponibilità degli alloggi in cui svolgere il servizio (nel caso di specie non indicati in sede di offerta);
- al fine di rispettare le prescrizioni della *lex specialis*, la concorrente avrebbe dovuto avere la disponibilità degli alloggi al momento della presentazione dell'offerta oppure, a pena di esclusione dalla procedura/decadenza dall'aggiudicazione, procurarsi tale disponibilità entro il termine perentorio, cioè entro il 9 dicembre 2020;
- è stato ammesso dallo stesso Comune che la disponibilità in capo ad Aracon non esisteva nemmeno al 21 gennaio 2021.

L'appellante conclude osservando che si trattava di attività vincolata, mentre il giudice di primo grado ha rimesso alla piena discrezionalità dell'amministrazione la decisione se dichiarare o meno decaduto l'aggiudicatario dall'affidamento nell'ipotesi di mancata disponibilità degli alloggi entro il termine perentorio prescritto, per di più richiamando una sentenza del Consiglio di Stato (del 18 dicembre 2017, n. 5929) riguardante un caso diverso dal presente.

I motivi sono fondati e vanno accolti nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

5. Il primo motivo attiene alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, elaborata dalla giurisprudenza, collocando tra i secondi gli "elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio" (cfr., oltre a Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5929, richiamata in sentenza, anche Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2018, n. 4390; V, 24 maggio 2017, n. 2443; V, 8 marzo 2017, n. 1094; V, 2 ottobre 2014, n. 4907), vale a dire i "mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante" (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2020, n. 8159), così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016).

5.1. Non è in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta. Riguardo invece ai requisiti di esecuzione l'approdo giurisprudenziale più recente, che si intende ribadire, è nel senso che essi sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090).

Peraltro, non si può escludere che la richiesta della predisposizione ed organizzazione di beni e mezzi per l'esecuzione del servizio sia contenuta nel capitolato speciale soltanto ai fini dell'avvio dell'esecuzione, senza condizionare la stipulazione del contratto (così come ritenuto nel precedente di questa sezione V, 17 dicembre 2020, n. 8101, richiamato dal Comune appellato).

In sintesi, fermando l'attenzione sull'appalto di servizi, nel quale la questione si pone in termini di organizzazione di beni e mezzi allo scopo di eseguire le prestazioni contrattuali, la regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario.

5.1.1. In definitiva, spetta alla stazione appaltante, nella predisposizione degli atti di gara, conciliare le contrapposte esigenze, su cui si è variamente soffermata la giurisprudenza: da un lato, quella di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti per procurarsi già al momento dell'offerta la disponibilità di beni e mezzi, senza avere la certezza dell'aggiudicazione e con effetti discriminatori ed anti-concorrenziali perché di favore per gli operatori già presenti sul mercato ed in possesso delle dotazioni strumentali, nonché con violazione del principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia U.E., sez. I, 8 luglio 2021, n. 428); dall'altro, quella della stazione appaltante di garantire la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dal concorrente di dotarsi dei mezzi necessari all'espletamento del servizio.

L'analisi della casistica giurisprudenziale conferma le conclusioni appena sintetizzate, spiegandosi, nella maggioranza dei casi, decisioni apparentemente divergenti, per la differente portata delle disposizioni della legge di gara.

5.1.2. Quanto a quest'ultima, va peraltro ribadito il principio giurisprudenziale - posto a salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa - che, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini

dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (cfr. Cons. Stato, V, n. 8159/2020 citata, laddove richiama Cons. Stato, V, n.2090/2020, citata).

5.2. Nel caso di specie, la *lex specialis* è costituita dal bando di gara, dal disciplinare di gara, dal capitolato speciale d'appalto e dalla "Relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio", espressamente richiamata dalla determinazione n. 29 del 4.11.2020 di indizione della gara, a cui la relazione è allegata unitamente agli altri documenti di gara; la determinazione di indizione della gara è, a sua volta, richiamata al punto 2.1 del disciplinare di gara.

Nel capitolato, all'art. 2, co. 3, si prevede che "...L'appalto sarà eseguito nelle strutture che il concorrente si impegna ad individuare nel termine perentorio di 5 giorni dall'aggiudicazione...".

Nella relazione tecnica si prevede che "... I partecipanti alla gara dovranno reperire, con idoneo contratto di locazione, tutte le strutture/gli alloggi destinati all'accoglienza fino alla capienza di 14 posti. Nel caso in cui al momento della presentazione dell'offerta non dovessero avere la disponibilità di alloggi, dovranno obbligarsi in sede di presentazione dell'offerta a pena di decadenza, ad individuare ed acquisire entro il termine perentorio di 5 giorni dall'aggiudicazione, la piena disponibilità delle strutture necessarie a coprire i 14 posti previsti dal capitolato. L'Amministrazione si riserva la facoltà di verificare, una volta individuati gli alloggi in cui sarà svolto il servizio, l'idoneità, la capienza e la compatibilità della dislocazione sul territorio delle strutture proposte, escludendole dall'accoglienza ove non si accertino condizioni di idoneità sufficienti alla stregua delle previsioni del presente bando. Le strutture individuate dovranno avere i requisiti indicati all'art. 19 (Capo IV - Strutture di accoglienza) del DM 18/11/2019...".

Si tratta di previsioni che correttamente vanno interpretate così come sostenuto dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, nel senso che al momento della presentazione dell'offerta non era richiesta la disponibilità degli alloggi da destinare all'accoglienza nell'ambito del progetto SIPROIMI.

Inoltre, la lettera di entrambe induce a ritenere che, così come ritenuto dal tribunale, anche l'individuazione delle strutture alloggiative potesse essere rinviata ad un momento immediatamente successivo all'aggiudicazione, seppure, come si dirà, precedente la stipulazione del contratto.

Siffatta interpretazione della legge di gara discende dal fatto che il capitolato speciale circoscrive l'obbligo del concorrente al momento di presentazione dell'offerta all'impegno "ad individuare" le strutture "nel termine perentorio di 5 giorni dall'aggiudicazione", cui corrisponde la previsione della relazione tecnica dell'obbligo in sede di offerta (in alternativa alla già conseguita disponibilità delle strutture) di "individuare ed acquisire" entro il detto

termine perentorio, “la piena disponibilità delle strutture necessarie a coprire i 14 posti previsti dal capitolato”, con riserva della facoltà dell’amministrazione di verificarne l’idoneità, la capienza e la dislocazione sul territorio, “una volta individuati gli alloggi in cui sarà svolto il servizio” (a riscontro quindi della possibile individuazione, dopo l’aggiudicazione).

5.3. Così interpretata la legge di gara, si osserva, in merito alle censure del primo motivo di appello, che l’offerta di Aracon presenta dei profili di indeterminatezza, pur essendo unitaria e pur esponendo le diverse soluzioni alloggiative come subordinate e non alternative.

Essa è infatti formulata nei seguenti termini:

“Per quanto riguarda le strutture, la cooperativa è disponibile a subentrare ai contratti di locazione degli affitti già in essere con il gestore uscente e comprendenti tre appartamenti di civile abitazione collocati nel Comune di Aiello, così come indicati all’art. 6 CSA.

Nel caso in cui le abitazioni attualmente utilizzate non fossero disponibili e si riscontrasse l’esigenza finanche temporanea di una collocazione in emergenza degli ospiti in una struttura del territorio anche per far fronte a una difficoltà, riscontrata in sede di partecipazione alla gara, di reperimento di abitazioni in locazione presso il comune di Aiello, la Cooperativa ha individuato una casa indipendente presso la frazione di Perteole (Comune di Ruda), contigua al Comune di Aiello [...]. La Cooperativa mette inoltre a disposizione un appartamento di civile abitazione presso il Comune di Udine. [...].

La Cooperativa, in caso di ulteriore necessità, si rende disponibile a proseguire la ricerca sul territorio attraverso la storica collaborazione con l’Associazione Vicini di Casa e, in stretto raccordo con l’amministrazione comunale, attraverso il contatto con le associazioni e le persone più rappresentative della comunità locale [...].”.

5.3.1. La dichiarazione di disponibilità a subentrare nei contratti di locazione in corso di esecuzione nel Comune di Aiello è, in effetti, soluzione incerta e del tutto ipotetica, dipendendo dalla disponibilità alla cessione del contratto da manifestarsi sia dal locatore che dall’attuale conduttrice ICS.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata, infatti, non è significativa in senso a sé favorevole la circostanza che nei contratti di locazione si sia convenuta la destinazione degli immobili “per l’attuazione del progetto SPRAR categoria Ordinari” in riferimento al servizio di accoglienza, integrazione e tutela dei richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria.

Si tratta di vincolo operante nei rapporti tra le parti private che hanno stipulato i contratti, in mancanza sia del coinvolgimento dell’amministrazione nel rapporto di locazione sia della previsione negli atti di gara di un obbligo di cessione dei contratti di locazione in essere da parte del gestore uscente (nel caso di specie ICS) in favore del nuovo affidatario del servizio.

Anzi, in senso contrario depongono: la relazione tecnica che prevedeva che i partecipanti alla gara avrebbero dovuto “reperire, con idoneo contratto di locazione, tutte le strutture/gli alloggi destinati all’accoglienza fino alla capienza di 14 posti”; il capitolato speciale che prevedeva

l'obbligo per l'appaltatore, entro cinque giorni dall'affidamento del servizio, di presentare la programmazione operativa dei trasferimenti dei soggetti attualmente in carico nel progetto comunale e quello di realizzare il trasferimento dei beneficiari nei successivi 10 giorni (art. 6).

Per di più, è da escludere che Aracon avesse acquisito, già al momento della partecipazione alla gara, la disponibilità dei locatori ad accettarla come nuova conduttrice in caso di aggiudicazione, risultando dagli atti l'acquisizione postuma di un consenso condizionato di una delle parti locatrici (proposta eredi De Giusti) in data (22 gennaio 2021) successiva all'aggiudicazione.

Giova aggiungere che l'obbligo di cessione dei contratti di locazione non può farsi discendere, come pretenderebbe la controinteressata, dall'applicazione dell'art. 2558 cod. civ., poiché i rapporti locativi di cui è parte il soggetto attuatore uscente non attengono ad un compendio aziendale nel quale il nuovo affidatario abbia diritto di succedere in forza dell'aggiudicazione; né può essere rilevante l'applicazione della clausola sociale (sulla quale si sono intrattenuti sia la stazione appaltante che la controinteressata, addebitando alla mancata cooperazione di ICS nel fornire al nuovo aggiudicatario l'elenco del personale la mancata ottemperanza di Aracon all'art. 23 del disciplinare; questo riguarda appunto il personale del soggetto attuatore uscente, ma non le strutture alloggiative).

5.3.2. Quanto poi all'individuazione degli immobili consistenti in una casa indipendente nella frazione di Perteole, del Comune di Ruda, confinante con quello di Aiello del Friuli, e in un appartamento ubicato nel Comune di Udine, è corretta l'argomentazione della ricorrente, ribadita in appello, della mancanza del requisito della "territorialità" richiesto dall'art. 19 delle Linee guida allegate al decreto del Ministero dell'interno 18 novembre 2019 (Modalità di accesso degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo e di funzionamento del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati - Siproimi), richiamato dalla relazione tecnica.

L'art. 19, lett. c), prevede che "Le strutture utilizzate per l'accoglienza devono avere i seguenti requisiti: ... ubicate nel territorio dell'ente locale proponente o di un altro ente locale nell'ambito della medesima provincia, ovvero di provincia differente, purché limitrofo, ad esso associato o consorziato o aderente al progetto".

Qualora le strutture si trovino in un comune diverso da quello proponente il progetto, l'appartenenza di entrambi alla medesima provincia non è sufficiente a ritenere integrato il requisito, essendo richiesto l'ulteriore elemento che il comune diverso da proponente sia "ad esso associato o consorziato o aderente al progetto".

Contrariamente a quanto assumono stazione appaltante e controinteressata, quest'ultima condizione è letteralmente riferita ad ogni "altro ente locale" diverso da quello proponente, sia che si trovi nella stessa provincia sia che si trovi in altra provincia, differenziandosi tale ultima fattispecie soltanto perché, in aggiunta, è richiesto che i due comuni, appartenenti a diverse province, siano almeno limitrofi.

Oltre che conforme alla lettera delle Linee guida, questa interpretazione, come osserva

l'appellante, è coerente col sistema SPAR/SIPROIMI che viene attivato dagli enti locali volontariamente e non può essere "imposto" ad altri enti locali che, benché appartenenti alla stessa provincia dell'ente locale aderente al progetto, non abbiano presentato domanda di finanziamento, in associazione o consorzio con l'altro, o comunque non abbiano aderito al progetto.

Nel caso di specie, risulta dagli atti di gara – in particolare dal testo del quesito rivolto dal r.u.p. del Comune di Aiello al Servizio centrale (di cui all'art. 6 del citato d.m.) con nota in data 11 dicembre 2020, prodotta in atti (a differenza della risposta, che si assume intervenuta il 23 dicembre 2020, ma non si rinviene in atti) – che i Comuni di Ruda e di Udine, appartenenti alla stessa provincia del Comune di Aiello del Friuli, non sono a questo associati né consorziati né aderenti al progetto.

La circostanza, poi, che il Comune di Aiello del Friuli e quello di Ruda all'epoca dell'aggiudicazione fossero associati nella stessa UTI Unione Territoriale UTI Agro Aquileiese, in forza della legge regionale n. 26 del 2014, rappresentata dalla controinteressata, non risulta essere decisiva ai fini del requisito dell'art. 19 lett. c) delle Linee guida e comunque rimane irrilevante, essendo comprovato, come si dirà, che l'aggiudicataria Aracon non avesse, alla scadenza dei cinque giorni dall'aggiudicazione, nemmeno la disponibilità materiale della struttura di Ruda "immediatamente e pienamente fruibile" (arg. ex art. 19, lett. b) delle Linee guida).

5.3.3. In definitiva, essendo inoltre generica la disponibilità manifestata in sede di offerta "in caso di ulteriore necessità ... a proseguire la ricerca sul territorio attraverso la storica collaborazione con l'Associazione Vicini di Casa e, in stretto raccordo con l'amministrazione comunale, attraverso il contatto con le associazioni e le persone più rappresentative della comunità locale...", l'offerta presentata da Aracon era evidentemente manchevole relativamente all'individuazione ed, a maggior ragione, all'attuale disponibilità in capo all'offerente di strutture idonee da utilizzare per l'accoglienza.

5.4. Malgrado ciò, la peculiare formulazione della legge di gara sopra testualmente riportata e letteralmente interpretata, priva di qualsivoglia profilo di ambiguità sul punto, consentiva agli operatori economici concorrenti di riservare all'esito della gara, in caso di aggiudicazione, la concreta individuazione delle strutture alloggiative, e non soltanto il conseguimento della loro disponibilità giuridica e materiale.

Tale scelta della stazione appaltante rende perciò conforme alla legge di gara la conclusione raggiunta dal giudice di primo grado circa l'infondatezza del primo motivo nella parte in cui la società ricorrente invoca la sanzione dell'esclusione dell'offerta di Aracon, sin dal momento della sua presentazione.

In sintesi, poiché né il capitolato speciale né la relazione tecnico illustrativa imponevano che per la partecipazione alla gara fosse richiesta la contestuale ed immediata disponibilità delle strutture alloggiative ed anzi prevedevano che anche la loro individuazione potesse avere luogo dopo l'aggiudicazione, non è censurabile "l'eventuale carattere indeterminato dell'offerta in relazione ad un requisito non necessario per la partecipazione alla gara" (punto 5.3 della sentenza), così come – va aggiunto – non è censurabile la non conformità ai requisiti

richiesti dall'art. 19 delle Linee Guida degli immobili indicati in sede di offerta.

6. Tuttavia la rispondenza delle strutture alloggiative “ai requisiti di legge e di capitolato torna ad emergere ... in una fase successiva all'aggiudicazione, quando l'amministrazione ha concluso il procedimento e individuato la persona del contraente”, secondo quanto pure ritenuto dal giudice di primo grado (punto 5.4 della sentenza).

6.1. Orbene, rispetto a tale fase, la questione posta dall'appello - in relazione alla dichiarazione di inammissibilità pronunciata in sentenza per (asserita) carenza di una posizione soggettiva tutelabile in capo al secondo classificato - attiene, in primo luogo, alla corretta ricostruzione della sequenza procedimentale posta dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, di conseguenza, all'appartenenza (o meno) della sub-fase di verifica del possesso dei requisiti al segmento pubblicistico della procedura di affidamento.

6.1.1. L'attuale Codice dei contratti pubblici (in linea di continuità col precedente) prevede che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta (art. 32, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016); colloca nella fase successiva all'aggiudicazione la verifica del possesso dei requisiti (art. 32, comma 7) e l'esercizio dei poteri di autotutela secondo le norme vigenti (art. 32, comma 8, primo periodo); impone una crasi temporale tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (essenzialmente ai fini del c.d. stand still, preordinato al consolidamento della scelta del contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali: art. 32, commi 10 e seg.).

Risulta così delineata, sotto il profilo sostanziale e per via normativa, una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente considerate (cioè collocata tra i due confini “esterni” dell'aggiudicazione e della stipula del contratto), nella quale vengono esercitati poteri pubblicistici (cfr., di recente, Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5498).

6.1.2. Ne consegue che anche la norma sul riparto di giurisdizione di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) Cod. proc. amm. (che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi include quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”) va interpretata tenendo conto delle richiamate disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 nel senso che l'intervenuta aggiudicazione “non sottrae la relativa sub-fase alla fase pubblicistica (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante” (così Cons. Stato, V, n. 5498/19 citata).

Invero, dal punto di vista sistematico vanno reputate controversie “relative a procedure di affidamento” ad evidenza pubblica ex art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 (primo inciso), Cod.

proc. amm. perciò riservate alla giurisdizione esclusiva, quelle che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi concernenti il procedimento di scelta del contraente (così Cons. Stato, V, 27 ottobre 2021, n. 7217).

6.1.3. Tra questi atti rientra il provvedimento di "decadenza" dall'aggiudicazione (detto anche di "revoca" dell'aggiudicazione o di "esclusione" dell'operatore economico, anche se sopravvenuto all'espletamento della gara) adottato nei confronti dell'aggiudicatario per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione (cfr., tra le tante, già Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 844) emersa dopo l'aggiudicazione, in occasione della verifica ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5354 e id., 2 agosto 2019, n. 5498) o per mancata attuazione di altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto, quali appunto quelli concernenti il possesso dei c.d. requisiti di esecuzione (intesi nel senso, sopra ritenuto, della non estraneità della loro verifica all'ambito di esercizio dei pubblici poteri, contrariamente a quanto affermato al punto 6.5 della sentenza; non appare pertinente la citazione della sentenza di cui a Cons. Stato, V, n. 5929/17, atteso che, in quel caso, era stato rispettato l'adempimento richiesto dalla legge di gara quale "condizione per la stipulazione del contratto").

6.1.4. Così come il destinatario del provvedimento di decadenza è legittimato all'impugnazione davanti al giudice amministrativo per rivendicare la legittimità dell'aggiudicazione, analogamente il concorrente interessato alla correttezza della verifica del possesso dei requisiti da parte dell'amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario è legittimato a contestarne l'operato, impugnando l'aggiudicazione e gli atti successivi. Contrariamente a quanto affermato nella sentenza gravata (punti 6, 6.1 e 7), l'operatore economico concorrente, in specie classificatosi in graduatoria subito dopo l'aggiudicatario, è portatore di una posizione giuridica qualificata di interesse legittimo alla correttezza dei provvedimenti assunti dall'amministrazione nella fase di verifica precedente e propedeutica alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario ed ha un interesse concreto e attuale al loro annullamento (non un interesse di mero fatto come affermato in sentenza: punto 6.3), ogniqualvolta deduca l'inefficacia (definitiva) dell'aggiudicazione, che, se dichiarata dall'amministrazione con provvedimento di decadenza, gli consentirebbe di subentrare nell'affidamento.

7. La sentenza di primo grado va quindi riformata, oltre che nei punti appena detti, anche quanto all'affermazione che la dichiarazione di decadenza di Aracon dall'aggiudicazione sarebbe stata rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

7.1. Le previsioni della lex specialis sopra testualmente riportate depongono nel senso che il Comune di Aiello del Friuli aveva previsto la decadenza dall'aggiudicazione nel caso di mancata individuazione ed acquisizione della disponibilità degli alloggi nel termine "perentorio" di cinque giorni dall'aggiudicazione.

Si tratta di un auto-vincolo (non fatto oggetto di impugnazione incidentale) al quale la stazione appaltante non si sarebbe potuta sottrarre, come invece ha fatto.

7.1.1. Non coglie nel segno l'obiezione delle parti appellate secondo cui il "termine perentorio" di cui è detto nel capitolato speciale non sarebbe stato fissato a pena di decadenza dall'aggiudicazione, ma si sarebbe trattato di un termine stabilito a favore della sola amministrazione, tale che la stessa avrebbe potuto "tollerarne" l'inosservanza da parte dell'aggiudicatario. Seppure il capitolato non preveda espressamente che il mancato rispetto del termine ivi fissato avrebbe comportato la decadenza dall'aggiudicazione, non può essere senza significato la qualificazione di perentorietà che ad esso è attribuita (cfr. Cons. Stato, V, 2 novembre 2021, n. 7302). Essa peraltro trova la sua specificazione nel riportato passaggio della relazione tecnica dove è espressamente previsto l'obbligo di individuazione ed acquisizione della disponibilità delle strutture alloggiative nei cinque giorni dall'aggiudicazione, a pena di decadenza.

In senso contrario non può essere invocata la giurisprudenza, richiamata dalle appellate, sulla gerarchia delle fonti della *lex specialis*, con prevalenza delle norme del bando di gara su quelle del capitolato speciale (cfr. Cons. Stato, III, 29 aprile 2015, n. 2186): essa presuppone un contrasto, che è inesistente nel caso di specie; capitolato e relazione tecnica sono perfettamente coerenti, inoltre entrambi posti sul medesimo piano dal comune richiamo contenuto nella determina di indizione della gara e nell'art. 2 del disciplinare di gara.

7.2. La controinteressata sostiene che comunque avrebbe adempiuto a quanto richiesto dalla legge di gara con un ritardo di qualche giorno, perciò insignificante, rispetto al termine (9 dicembre 2020) di cinque giorni dal provvedimento di aggiudicazione del 3 dicembre 2020, avendo comunicato le strutture di cui aveva la disponibilità con la nota inviata al Comune l'11 dicembre 2020.

In disparte il fatto che con tale nota si sollecitava il Comune ad "intercedere con i proprietari degli immobili al fine di poter dare avvio alle pratiche di subentro" nei contratti di locazione e che, in subordine, veniva proposto l'immobile sito nel Comune di Ruda (non conforme alla previsione dell'art. 19, lett. c), delle Linee Guida), è dirimente il dato di fatto, incontestabilmente risultante dagli atti successivi, che nemmeno quest'ultimo immobile risultò "immediatamente e pienamente fruibile", atteso che:

- già nella nota del 16 dicembre 2020, veniva proposto, in aggiunta, l'immobile sito in Udine, via XXIII Marzo 1848;
- dalle determinazioni del r.u.p. del 31 dicembre 2021 n. 36 e n. 37 si evince che ancora, a tale ultima data, Aracon non aveva acquisito la disponibilità, quanto meno materiale, di tutte le strutture indicate;
- riscontro di ciò si rinviene nella nota pec del 21 gennaio 2021 dello stesso r.u.p. con la quale era intimato ai locatori degli immobili condotti in locazione da ICS di consentire il subentro di Aracon;

- al punto 7 del contratto di appalto stipulato con quest'ultima in data 25 febbraio 2021 è dato atto che l'immobile di Ruda non era ancora disponibile, tanto che le parti concordavano la "temporanea allocazione presso le strutture di Udine";

- effettivamente, con l'immissione in servizio del 1° marzo 2021 venivano attivate due strutture alloggiative nel comune capoluogo di provincia, laddove una soltanto era stata precedente indicata dall'aggiudicataria.

7.2.1. Va respinta, riguardo ai documenti sopra esaminati, l'eccezione di inutilizzabilità/inammissibilità del Comune di Aiello del Friuli e la correlata deduzione di irrilevanza delle circostanze ivi documentate perché costituenti sopravvenienze tutt'al più rilevanti nel contesto della fase esecutiva del contratto.

Si tratta di documenti in gran parte già presenti nel fascicolo di primo grado, salvo che per il contratto sopravvenuto in corso di causa, dalla cui considerazione non si può certo prescindere.

Gli uni e l'altro rilevano al fine di riscontrare la decadenza di Aracon dall'aggiudicazione per la mancanza della disponibilità delle strutture alloggiative nel termine di cinque giorni dall'aggiudicazione.

Pertanto, non è nemmeno necessario occuparsi dell'ulteriore produzione documentale dell'appellante relativa alle vicende successive delle strutture alloggiative indicate dall'affidataria (della quale la controinteressata ha eccepito l'inutilizzabilità perché i documenti sarebbero stati acquisiti in violazione delle norme sull'accesso).

7.2.2. Nemmeno può rilevare la clausola del capitolato, richiamata dalle appellate, che consentiva di utilizzare strutture diverse da quelle inizialmente individuate, purché dotate di tutti i requisiti previsti dal bando "pervio assenso dell'Amministrazione, ... in fase di esecuzione": all'evidenza si tratta di previsione riservata a situazioni di emergenza effettivamente sopravvenute alla stipulazione del contratto, a differenza di quelle oggetto del presente contenzioso, risalenti al periodo precedente l'avvio dell'esecuzione.

8. In conclusione, l'appello va accolto e, in riforma sul punto della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso proposto da ICS contro il provvedimento di presa d'atto dell'efficacia dell'aggiudicazione e la mancata dichiarazione di decadenza dall'aggiudicazione della controinteressata Aracon, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

8.1. L'annullamento dell'aggiudicazione in favore della prima classificata comporta che l'amministrazione dovrà provvedere allo scorrimento della graduatoria. Quanto al risarcimento in forma specifica domandato dalla ricorrente, non sono pertinenti, né perciò meritano approfondimento, i rilievi della stazione appaltante e della controinteressata per dimostrare che ICS non potrebbe subentrare nel contratto perché non avrebbe attualmente la disponibilità delle strutture alloggiative indicate nell'offerta.

Valgono in proposito le considerazioni svolte in merito alla portata ed all'interpretazione della legge di gara, per le quali l'individuazione e la disponibilità delle strutture vanno verificate in capo all'operatore economico aggiudicatario nel termine di cinque giorni dall'aggiudicazione. Pertanto, non essendovi motivi ostativi desumibili dal disposto dell'art. 122 Cod. proc. amm., considerato che si tratta di appalto di servizi di accoglienza fungibili - che il Comune di Aiello del Friuli risulta avere affidato già in passato, previa presentazione di corrispondenti proposte progettuali, attualmente disciplinate dal d.m. 18 novembre 2019 e dalle allegate Linee guida - per il quale potrebbe essere ripristinata l'originaria durata del progetto in corso, con decorrenza dalla data dell'effettivo subentro di ICS (richiedendo di prolungare il periodo del corrispondente finanziamento: arg. ex art. 5, comma 2, delle Linee guida), va affermato il diritto al subentro integrale della ricorrente ICS per un periodo corrispondente a quello oggetto dell'affidamento, previa le dovute determinazioni del Comune di Aiello sull'aggiudicazione in suo favore e verifica nei suoi confronti del possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione.

Seguirà solo all'esito positivo di tali verifiche la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Aiello del Friuli e la Aracon il 25 febbraio 2021.

8.2. Avendo provveduto come sopra sulla domanda di subentro, non vi è luogo a provvedere, allo stato, sulla domanda subordinata di risarcimento per equivalente dei danni per la minore durata del servizio.

9. Le spese seguono la soccombenza nei rapporti tra la ricorrente e la stazione appaltante e si liquidano, a favore della prima ed a carico della seconda, come da dispositivo per entrambi i gradi di giudizio.

9.1. Le spese processuali si compensano invece per giusti motivi nei rapporti tra la ricorrente e la controinteressata, in ragione della peculiarità delle questioni trattate, determinata dall'inusuale formulazione della *lex specialis*, già rilevata dal tribunale e confermata dalle ragioni della presente decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie secondo quanto specificato in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto da ICS

Ufficio Rifugiati Onlus ed annulla gli atti impugnati.

Accoglie la domanda di subentro nel contratto e di risarcimento del danno nei limiti precisati in motivazione.