

L'esecuzione anticipata e in via d'urgenza: due facce della stessa medaglia?

di Irene Lazzaro

Data di pubblicazione: 25-2-2025

I due istituti possono essere utilizzati solamente a condizione che sussistano i presupposti di legge sopra richiamati, e non in via derogatoria. La verifica della sussistenza di tali presupposti va fatta, peraltro, ex post e in concreto, caso per caso. in relazione all'esercizio da parte dell'Amministrazione di tale potere.

Invero, è nell'ambito del provvedimento con il quale la stazione appaltante attiva l'esecuzione anticipata ovvero in via d'urgenza del contratto che debbano essere esternate le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'una o l'altra, senza che si possa ovviamente far riferimento al fatto che ex ante e in astratto il bando ha previsto tale possibilità.

Pubblicato il 11/02/2025

N. 00128/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00882/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 882 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Recrytera S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B1FF37BD5D, rappresentata e difesa dall'avv. Alessio Cicchinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio Interuniversitario CINECA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Ventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio, in Bologna, via Caprarie n. 7; Ministero dell'Università e della Ricerca, non costituito in giudizio;

nei confronti

Minerva Testing Limited, non costituita in giudizio;
Selexi S.r.l., non costituita in giudizio;
Ales S.r.l., non costituita in giudizio;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

del Bando di gara pubblicato il 6 giugno 2024, con cui CINECA - Consorzio Interuniversitario ha avviato una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025 descrizione: servizio di individuazione, organizzazione e disponibilità dei test center per l'espletamento della prova concorsuale relativa all'ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato nazionale (corso di laurea magistrale a ciclo unico in medicina e chirurgia e odontoiatria e protesi dentaria Im-41 e Im-46) in lingua inglese per l' a.a. 2024\2025";

- di tutti gli Atti di gara e, in particolare, del Disciplinare di gara, del Capitolato Tecnico e dei Chiarimenti;

- ove occorra, della Delibera del Consiglio di Amministrazione del CINECA n. 29 del 20 maggio 2024;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico/patrimoniale della ricorrente.

Per quanto riguarda il primo ricorso per motivi aggiunti, depositato da Recrytera S.r.l. il 16 settembre 2024:

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari

- dell'intera procedura di gara;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace approvato da CINECA e pubblicato in data 27 agosto 2024 sul portale CINECA, nell'ambito della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025 descrizione: servizio di individuazione, organizzazione e disponibilità dei test center per l'espletamento della prova concorsuale relativa all'ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato nazionale (corso di laurea magistrale a ciclo unico in medicina e chirurgia e odontoiatria e protesi dentaria Im-41 e Im-46) in lingua inglese per l' a.a. 2024\2025";
- della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace del 26 agosto 2024;
- di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli dei giorni 17 e 26 luglio e 6 e 14 agosto 2024;
- di tutti gli Atti di gara e, in particolare, del Disciplinare di gara, del Capitolato Tecnico e dei Chiarimenti;
- ove occorra, della Delibera del Consiglio di Amministrazione del CINECA n. 29 del 20 maggio 2024;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico/patrimoniale della ricorrente

per la dichiarazione

di invalidità e comunque di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico illegittimo aggiudicatario,

e per la conseguente condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa;

per l'accertamento ex articolo 116 Cod. proc. amm.

del diritto di accesso vantato dalla ricorrente a visionare ed estrarre copia degli atti meglio individuati nel corpo dell'atto e conseguente condanna dell'Ente resistente a ostendere e rilasciare copia della documentazione richiesta.

Per quanto riguarda il secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato da Recrytera S.r.l. il 4 ottobre 2024:

per l'annullamento

- dell'intera Procedura di Gara;
- del provvedimento di aggiudicazione efficace approvato dalla Direttrice generale del CINECA pubblicata in data 3 ottobre 2024 sul portale CINECA e della relativa comunicazione pervenuta in pari data nell'ambito della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025 descrizione: servizio di individuazione, organizzazione e disponibilità dei test center per l'espletamento della prova concorsuale relativa all'ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato nazionale (corso di laurea magistrale a ciclo unico in medicina e chirurgia e odontoiatria e protesi dentaria Im-41 e Im-46) in lingua inglese per l' a.a. 2024\2025";
- del diniego del 25 settembre 2024 opposto alla richiesta di accesso agli atti formulata dalla ricorrente;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace approvato dalla Direttrice generale del CINECA pubblicata in data 27 agosto 2024 sul portale CINECA;
- della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace del 26 agosto 2024;
- di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli dei giorni 17 e 26 luglio e 6 e 14 agosto 2024;
- di tutti gli Atti di gara e, in particolare, del Disciplinare di gara, del Capitolato Tecnico e dei Chiarimenti;
- ove occorra, della Delibera del Consiglio di Amministrazione del CINECA n. 29 del 20 maggio 2024;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico/patrimoniale della ricorrente;

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia

del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico illegittimo aggiudicatario (dichiarandosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, anche la disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione dell'appalto ai sensi di quanto previsto dall'articolo 122 Cod. proc. amm.),

e per la conseguente condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

nonché per l'accertamento ex articolo 116 Cod. proc. amm.

del diritto di accesso vantato dalla ricorrente a visionare ed estrarre copia degli atti meglio individuati nel corpo dell'atto e conseguente condanna dell'Ente resistente a ostendere e rilasciare copia della documentazione richiesta.

Per quanto riguarda il terzo ricorso per motivi aggiunti, depositato da Recrytera S.r.l. l' 11 novembre 2024:

per l'annullamento

- dell'intera procedura di gara;
 - del provvedimento di aggiudicazione efficace approvato dalla Direttrice generale del CINECA pubblicata in data 3 ottobre 2024 sul portale CINECA e della relativa comunicazione pervenuta in pari data nell'ambito della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025 descrizione: servizio di individuazione, organizzazione e disponibilità dei test center per l'espletamento della prova concorsuale relativa all'ammissione ai corsi di laurea ad accesso programmato nazionale (corso di laurea magistrale a ciclo unico in medicina e chirurgia e odontoiatria e protesi dentaria Im-41 e Im-46) in lingua inglese per l' a.a. 2024\2025";
 - del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace approvato dalla Direttrice generale del CINECA pubblicata in data 27 agosto 2024 sul portale CINECA;
 - della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoriamente efficace del 26 agosto 2024;
 - di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli dei giorni 17 e 26 luglio e 6 e 14 agosto 2024;
 - di tutti gli Atti di gara e, in particolare, del Disciplinare di gara, del Capitolato Tecnico e dei Chiarimenti;
 - del Disciplinare di gara, con particolare riferimento agli articoli 1.3 e 11, laddove dovesse esser interpretato, anche se così non è, nel senso di non assicurare anche ai lavoratori autonomi impiegati nell'appalto in questione le medesime tutele normative desumibili dal CCNL indicato dalla Stazione appaltante e, conseguentemente, nel senso di non operare alcuna valutazione di congruità dell'offerta rispetto a tale elemento;
 - dell'implicito accertamento della congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria;
- ove occorra, della Delibera del Consiglio di Amministrazione del CINECA n. 29 del 20 maggio

2024;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente sulla sfera giuridico/patrimoniale della ricorrente;

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia

del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico illegittimo aggiudicatario (dichiarandosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, anche la disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione dell'appalto ai sensi di quanto previsto dall'articolo 122 Cod. proc. amm.),

e per la conseguente condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

Visti il ricorso, i tre ricorsi per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Interuniversitario CINEC;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2025 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato in fatto e ritenuto e diritto quanto segue.

FATTO

(A) Il Consorzio Interuniversitario CINECA con atto pubblicato in data 6 giugno 2024 bandiva la procedura aperta volta all'aggiudicazione del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi di laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025".

Oggetto dell'appalto era il reperimento e l'allestimento, al di fuori del territorio nazionale, delle sedi fisiche comprensive della strumentazione e del personale di servizio e di vigilanza, ove far svolgere ai candidati le prove per accedere ai corsi di laurea, la predisposizione dei test e l'approntamento di un sistema di prenotazione on line con versamento del contributo di partecipazione da parte dei candidati.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello del prezzo fisso ex articolo 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023, con confronto competitivo solamente sull'offerta tecnica in relazione a tre criteri, ovverosia: 1) l'esperienza in ambito di gestione di test center (fino a 40 punti), 2) la piattaforma di registrazione e di pagamento da parte dei candidati (fino a 20 punti), 3) le sedi

estere proposte (fino a 40 punti).

(B1) La società Recrytera S.r.l., interessata quale operatore economico del settore a partecipare alla procedura aperta, con il ricorso introduttivo del presente giudizio ha impugnato gli atti contenenti la legge di gara (tutti in epigrafe indicati), ritenendoli afflitti da vizi tali da rendere incongruamente difficoltosa la presentazione dell'offerta e da falsare ab origine la concorrenza e la par condicio fra gli offerenti.

(B2) Nello specifico, parte ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati per i seguenti motivi di illegittimità:

- mancata indicazione delle modalità con le quali i concorrenti dovevano dimostrare la disponibilità delle sedi nelle quali far svolgere le prove di ammissione, ai fini dell'attribuzione del punteggio per il terzo criterio di valutazione (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, Cost. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di legalità, risultato, accesso al mercato, trasparenza e proporzionalità. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 108, D.Lgs. n. 36/23. Violazione e/o falsa applicazione del bando tipo ANAC n. 1/23. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste. Sviamento di potere"*);

- mancata indicazione delle clausole sociali che gli operatori economici devono rispettare, giusta quanto dispone l'articolo 57 D.Lgs. n. 36/2023 (*"Violazione e/o falsa applicazione della L. delega n. 78/22. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, d.lgs. n. 36/23. Violazione e/o falsa applicazione del bando tipo ANAC n. 1/23"*);

- mancata suddivisione dell'appalto in lotti, giusta quanto stabilisce l'articolo 58 D.Lgs. n. 36/2023 (*"Violazione e/o falsa applicazione della L. delega n. 78/22. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 58, D.Lgs. n. 36/23. Violazione e/o falsa applicazione del bando tipo ANAC n. 1/23. Eccesso di potere per difetto di motivazione e d'istruttoria, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste"*);

- mancata previsione di qualsivoglia requisito di capacità economico-finanziaria per la partecipazione alla gara (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, Cost. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di legalità risultato, accesso al mercato, trasparenza e proporzionalità. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3, 10 e 100, D.Lgs. n. 36/23. Violazione e/o falsa applicazione del bando tipo ANAC n. 1/23. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste. Sviamento di potere"*);

- mancanza all'interno della documentazione di gara delle analisi svolte dalla stazione appaltante al fine di stabilire il prezzo fisso dell'appalto (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 108, D.Lgs. n. 36/23. Eccesso di potere per assenza di motivazioni e/o analisi preliminari alla base della scelta del criterio del prezzo/costo fisso"*);

- erronea qualificazione come appalto del contratto messo a gara, in quanto il rischio operativo è interamente a carico della parte privata e dunque trattasi di concessione, per la quale è stata però omessa qualsivoglia analisi preventiva dei rischi connessi (*"Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 176 e ss. e dell'Allegato i.1, D.Lgs. n. 36/23. Eccesso di potere per*

difetto d'istruttoria e sviamento di potere");

- mancata previsione dell'obbligo delle concorrenti di essere qualificate dall'Agenzia per la cybersicurezza nazionale ai fini della fornitura della piattaforma di pagamento on line da parte dei candidati del contributo per la partecipazione alle prove di ammissione (*"Violazione e/o falsa applicazione del Decreto direttoriale n. 29 del 2 gennaio 2023, del Regolamento Cloud AGID e delle Circolari AGID nn. 2 e 3 del 9 aprile 2018. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 1 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza ed economicità. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità manifesta"*);

- mancata indicazione delle condizioni alle quali la stazione appaltante può fare ricorso all'esecuzione anticipata, ovvero in via d'urgenza del contratto (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17, D.Lgs. n. 36/23"*).

(C) Nelle more del giudizio la procedura aperta proseguiva.

La società Recrytera S.r.l. presentava comunque la propria offerta.

All'esito delle operazioni valutative si formava la seguente graduatoria finale: I. Minerva Testing Limited con 98 punti; II. Selexi S.r.l. con 92 punti; III. Recrytera S.r.l. con 90 punti; IV. Ales S.r.l. con 62 punti.

(D1) Con il primo ricorso per motivi aggiunti la società Recrytera S.r.l. ha impugnato l'intera procedura di gara, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto a Minerva Testing Limited, gli atti presupposti.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, degli atti presupposti, la declaratoria di invalidità o comunque l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e il risarcimento del danno patito, in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

(D2) A sostegno delle domande così proposte la società Recrytera S.r.l. ha dedotto i seguenti profili di illegittimità:

- la manifesta genericità dei criteri e dei sub-criteri di attribuzione del punteggio tecnico, con la conseguenza che alla Commissione giudicatrice veniva lasciato un vero e proprio arbitrio valutativo (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 108, D.Lgs. n. 36/23. Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifeste"*);

- il mancato rispetto da parte della Commissione giudicatrice dei criteri, perverso generici, fissati dalla legge di gara, con la valorizzazione di aspetti delle offerte di Minerva Testing Limited e di Selexi S.r.l. del tutto estranei ai criteri di valutazione prestabiliti (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 108, D.Lgs. n. 36/23. Violazione degli artt. 8 e 9 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti"*);

- l'autorizzazione, ancorché non consentita, dell'esecuzione in via d'urgenza dell'appalto, prima ancora della verifica del possesso da parte dell'aggiudicataria dei requisiti di ordine generale, con conseguente pregiudizio al diritto di difesa della ricorrente (*"Violazione dell'art. 24, Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 17, 18 e 50, D.Lgs. n. 36/23 e 8, co. 1, lett. a), D.L. n. 76/20, come convertito da L. n. 120/20. Violazione della cd. direttiva ricorsi di cui alla Dir. 2007/66/CE. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, ingiustizia, illogicità e irragionevolezza manifeste. Sviamento di potere"*);

- in via derivata gli stessi vizi già dedotti in via diretta nel ricorso principale.

(E) Intervenuta l'aggiudicazione definitiva, la società ricorrente ha notificato il secondo ricorso per motivi aggiunti, proponendo nei confronti dell'ultimo atto della procedura di evidenza pubblica le stesse domande e le stesse censure già dedotte nelle precedenti impugnative.

(F) Nel primo e nel secondo ricorso per motivi aggiunti la società Recrytera S.r.l. ha anche formulato domanda di accesso agli atti di gara, segnatamente all'offerta tecnica della seconda classificata, Selexi S.r.l., e alla relazione presentata dall'aggiudicataria Minerva Testing Limited per la verifica di congruità dell'offerta: la domanda è stata accolta da questo Tribunale Amministrativo Regionale con sentenza n. 758/2024.

(G) Ottenuta l'ostensione dei documenti richiesti, parte ricorrente ha notificato il terzo ricorso per motivi aggiunti, con il quale ha proposto le seguenti ulteriori doglianze:

- irragionevolezza ed illogicità manifeste del punteggio assegnato all'offerta della seconda classificata, Selexi S.r.l., vale a dire 92 su un massimo di 100, nonostante fosse priva di una serie di elementi essenziali ai fini della valutazione, nello specifico in punto di numero di sedi gestite per singolo test e tipologia e complessità dei concorsi svolti, e di adeguatezza delle sedi proposte in termini di logistica e raggiungibilità e capacità di studenti, di idoneità della sede rispetto alle esigenze oggetto dell'appalto (*"Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 108, D.Lgs. n. 36/23. Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifeste"*);

- illegittimità della mancata esclusione dalla gara della prima classificata, Minerva Testing Limited, che in sede di verifica di congruità dell'offerta non avrebbe dimostrato di assicurare al personale impiegato nella commessa le stesse tutele economiche e normative previste dal CCNL di riferimento indicato nella legge di gara (*"Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11, 41 e 110, D.Lgs. n. 36/23. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1.3 e 11 del Disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione del bando tipo ANAC n. 1/23. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e sviamento di potere"*).

(H1) Si è costituito in giudizio il CINECA per opporsi in rito e nel merito ai ricorsi avversari e chiederne la reiezione.

(H2) In rito, parte resistente ha rilevato come, avuto riguardo alle domande formulate e alle censure dedotte, non sarebbe possibile comprendere quale sia il bene della vita perseguito dalla ricorrente, se cioè quello alla riedizione della gara (giacché se ne chiede l'intero annullamento), ovvero quello all'aggiudicazione del contratto (giacché si contestano punteggi

e mancate esclusioni dei concorrenti collati in prima e seconda posizione nella graduatoria finale).

(H3) Nel merito, il Consorzio ha puntualmente controdedotto a tutti i motivi di impugnazione, concludendo per la loro infondatezza.

(I) Il Ministero dell'Università e della Ricerca, benché evocato in giudizio, non si è costituito

Del pari non si sono costituiti gli altri partecipanti alla gara.

(L1) La domanda cautelare, contenuta nel primo ricorso per motivi aggiunti, è stata rinunciata da parte ricorrente, atteso che nelle more il contratto era stato integralmente eseguito.

(L2) La domanda di accesso agli atti di gara – come già ricordato in precedenza – è stata accolta con sentenza n. 758/2024, resa anche ai sensi dell'articolo 36 D.Lgs. 36/2023, ritenuto applicabile pure all'accesso incidentale per ragioni di simmetria e di omogeneità di regime processuale con l'accesso diretto.

(L3) La causa è stata infine chiamata alla pubblica udienza del 30 gennaio 2025 per la trattazione del merito.

In tale sede, la società Recrytera S.r.l. ha dichiarato di avere interesse in principalità all'annullamento dell'intera gara e solamente in subordine all'annullamento dell'aggiudicazione del contratto alla società Minerva Testing Limited.

Al termine della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1. Viene in decisione la causa promossa dalla società Recrytera S.r.l. avverso la procedura aperta bandita da CINECA per l'affidamento del servizio "di individuazione organizzazione disponibilità test center espletamento concorso ammissione corsi di laurea accesso programmato nazionale (Im-41 e Im-46) lingua inglese a.a. 2024-2025".

Come esposto nella parte in fatto, la società ricorrente contesta, sia a fini caducatori, sia a fini risarcitori, tanto la legge di gara, quanto l'aggiudicazione dell'appalto alla società Minerva Testing Limited: nell'un caso il bene della vita perseguito è quello al travolgimento dell'intera procedura di evidenza pubblica; nell'altro caso quello al conseguimento del servizio, sia pure oramai solo per equivalente monetario, essendo stato l'appalto interamente eseguito.

1.2. Come parimenti esposto nella parte in fatto, la società ricorrente ha graduato gli interessi fatti valere in giudizio e conseguentemente le domande proposte e le censure dedotte, dando precedenza e preferenza a quelle più radicali che conducono al travolgimento dell'intera gara.

Ora, rientra pacificamente tra i poteri dispositivi della parte indicare, esplicitamente e in modo

vincolante per il Giudice, l'ordine di priorità dei motivi e delle domande di annullamento proposte (cfr., C.d.S., Ad. pl., sentenza n. 5/2015).

Sicché a tale graduazione si atterrà il Collegio nella disamina delle diverse doglianze.

2.1. Ebbene, con il primo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. lamenta, in relazione al terzo criterio di valutazione delle offerte, che premia le sedi estere proposte per lo svolgimento delle prove di ammissione da parte dei candidati, la violazione dell'articolo 108, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023, a mente del quale l'offerta deve essere valutata sulla base di criteri oggettivi.

Nello specifico, la società ricorrente stigmatizza il fatto che la *lex specialis* di gara non abbia specificato le modalità di comprova da parte dei concorrenti della disponibilità delle sedi proposte nell'offerta.

2.2. Il Consorzio CINECA oppone che quello delle sedi di svolgimento delle prove è un requisito di esecuzione del contratto, non potendosi pretendere che i concorrenti acquisiscano la disponibilità delle sedi prima ancora di essere aggiudicatari del contratto. Se poi in fase di esecuzione dell'appalto una o più sedi promesse non risultassero in ipotesi disponibili, l'appaltatore sarà tenuto a provvedere alla sostituzione con altra equivalente.

2.3.1. In un'ottica proconcorrenziale può sicuramente convenirsi con quanto sostenuto dalla Amministrazione in ordine al fatto che sarebbe illogico e irragionevolmente penalizzate il pretendere la disponibilità al momento della presentazione dell'offerta di un elemento (le sedi di esame) necessario ai fini dell'esecuzione dell'appalto (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania – Salerno, Sez. II, sentenza n. 455/2021).

2.3.2. Il punto, tuttavia, è che nel caso in esame la legge di gara ha considerato quel elemento di esecuzione del contratto ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale e dunque ai fini dell'aggiudicazione del servizio.

Il che di per sé non è vietato (si veda in tal senso, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1219/2024).

Tuttavia, la conseguenza di tale scelta è che l'elemento in questione deve essere sussistente al momento della presentazione dell'offerta e che la sua mancanza deve necessariamente determinare una penalizzazione nel punteggio (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1617/2022).

2.4. La doglianza è dunque fondata, dal momento che le sedi all'estero ove far svolgere le prove di ammissione al corso di laurea non possono costituire un elemento oggettivo di valutazione dell'offerta, laddove la loro disponibilità, a qualsivoglia titolo, non sia richiesta al momento della presentazione dell'offerta medesima.

La competizione finirebbe per svolgersi su elementi non nella disponibilità del concorrente e dunque, in definitiva, sulla capacità dell'offerente di fare promesse che possano ottenere il gradimento della stazione appaltante.

Tanto più che discutendosi delle sedi da reperire in più di 20 Paesi in quattro Continenti, la verifica della rispondenza delle sedi effettivamente impiegate a quelle dichiarate o addirittura la mera equivalenza tra le stesse (secondo la prospettazione difensiva di CINECA) appare tutt'altro che agevole, con la conseguenza che il punteggio premiale verrebbe assegnato sulla fiducia, fidandosi cioè di quanto dichiarato dall'offerente.

3.1. Con il secondo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. prospetta la violazione da parte della legge di gara dell'articolo 57, comma 1, D.Lgs. n. 36/2023 non avendo indicato le clausole sociali che l'offerente deve rispettare nel formulare la propria offerta.

3.2. CINECA sostiene che la norma richiamata dalla società ricorrente non trovi applicazione nel caso di specie, dal momento che l'appalto ha a oggetto in misura preponderante prestazioni di tipo intellettuale, in cui cioè la manodopera ha un'incidenza minima, come dimostra il fatto che la stessa deducente l'ha quantificata in offerta in €uro 50.000,00, ovvero il 3% del valore contrattuale dell'intera commessa.

3.3.1. La tesi della resistente non è condivisibile.

L'articolo 57, comma 1, D.Lgs. n. 36/2023, nella versione vigente sino al 30.12.2024, prevedeva che «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

La norma è stata poi modificata in senso rafforzativo dell'obbligo con D.Lgs. n. 209/2024 a far data dal 31.12.2024.

3.3.2. Fermo restando che l'Ente procedente negli atti di gara non ha in alcun modo motivato sul mancato inserimento delle clausole sociali nella *lex specialis*, con la conseguenza che quella contenuta negli scritti difensivi si configura come una motivazione postuma, il punto è che vi sono tutta una serie di prestazioni contrattuali a carico dell'appaltatore che sicuramente non hanno natura intellettuale e che dunque non possono beneficiare dell'esenzione un tempo prevista dall'obbligo in questione.

In particolare, ci si riferisce alla predisposizione da parte dell'appaltatore del servizio di vigilanza, con personale incaricato dell'accoglienza e identificazione dei candidati, della loro sistemazione e distanziamento nelle sale di esame, della somministrazione dei test, del controllo che i candidati non comunichino tra loro, non si scambino materiale e non utilizzino materiale non consentito, della raccolta e adeguata conservazione dei test svolti.

Quantomeno per questo personale le clausole sociali dovevano essere previste.

3.4. La censura è pertanto fondata.

4.1. Con il terzo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. censura la mancata suddivisione in lotti dell'appalto, specificamente su base geografica, così come prevede l'articolo 58 D.Lgs. n. 36/2023.

4.2. La doglianza è infondata.

Come ricordato dalla difesa di parte resistente la legge di gara prevede la contemporaneità delle prove di ammissione: i test devono svolgersi nella stessa data e alla stessa ora (al netto dei fusi orari) in tutto il mondo.

Ebbene, non è irragionevole ritenere, così come ha fatto la stazione appaltante nell'esercizio del potere discrezionale di predisposizione della legge di gara (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. IV, sentenza n. 3537/2023), che la suddivisione in lotti dell'appalto, e dunque il fatto che potenzialmente avrebbero potuto essere aggiudicati a operatori diversi, avrebbe messo a rischio l'obiettivo della contemporaneità, in quanto avrebbe richiesto un elevato grado di interazione e coordinamento tra i vari aggiudicatari.

5.1. Con il quarto motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. si duole del fatto che la lex specialis non abbia previsto alcun requisito di capacità economico-finanziaria ai fini della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

5.2. La questione è già stata sottoposta all'esame di questo Tribunale nell'ambito del contenzioso insorto in relazione ad analoga gara bandita da CINECA nell'anno 2023 per l'anno accademico 2023/2024.

Con sentenza n. 5/2024 la Sezione ha rilevato che per la peculiarità del servizio messo a gara il numero di competitori era molto limitato e ha concluso che non era irragionevole la scelta della stazione appaltante di non porre barriere all'ingresso, così da non restringere ulteriormente la concorrenza. Tanto più che, quale contrappeso all'assenza di requisiti di partecipazione, la legge di gara aveva allora configurato l'esperienza pregressa del concorrente quale elemento di valutazione dell'offerta.

5.3. Il Collegio ritiene che non vi siano ragioni per discostarsi dal proprio recente precedente.

Infatti, nel breve volgere di un anno il mercato da riferimento non è cambiato; anche la legge di gara della procedura qui in esame prevede quale elemento di valutazione dell'offerta

l'esperienza pregressa dell'offerente; la nuova disciplina nelle more intervenuta (D.Lgs. n. 36/2023 al posto del D.Lgs. n. 50/2016) non ha innovato in punto di discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alle gare.

5.4. In conclusione la doglianza è infondata.

6.1. Con il quinto motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. contesta la scelta della stazione appaltante di aggiudicare il contratto con il criterio del prezzo/costo fisso, sostenendo che nel caso di specie mancherebbe la necessaria previsione di un corrispettivo certo, coerente e immodificabile in relazione al servizio da affidare. Infatti, la legge di gara prevede che all'appaltatore spettino €uro 130,00 per ciascun iscritto: questo significa che il corrispettivo dell'appalto varia a seconda del numero di iscritti alla prova di ammissione.

Si duole la società ricorrente che non sia stata fatta in sede istruttoria alcuna analisi del mercato, con la conseguenza che si è finito per fissare un corrispettivo irragionevolmente elevato e CINECA si è preclusa la possibilità di ottenere condizioni economiche più vantaggiose.

6.2.1. Salvo quanto si dirà in relazione al prossimo motivo di impugnazione, la doglianza è infondata.

L'articolo 108, comma 5, D.Lgs. n. 36/2023 consente espressamente che nel caso di appalti affidati sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il prezzo possa essere fisso: la norma riproduce analoga disposizione contenuta nell'articolo 67 della Direttiva 2014/24/UE.

Dunque, CINECA ha scelto una modalità di valutazione dell'offerta consentita.

6.2.2. Come accennato in precedenza, analoghe procedure competitive sono state svolte negli anni precedenti per svolgere analoghi servizi. Il prezzo è stato fissato sulla base delle serie storiche: il che si rivela non irragionevole, tenuto conto che è verosimile che negli anni il numero di partecipanti alla prova di ammissione si mantenga costante.

Di contro, parte ricorrente (ammesso che abbia interesse a dolersi di una sopravvalutazione del servizio da eseguire) non ha fornito quantomeno un inizio di prova che il prezzo di €uro 130,00 a iscritto sia irragionevolmente alto, con la conseguenza che la tesi si riduce a una mera affermazione del tutto apodittica.

7.1. È di contro fondato, nei termini che si vanno a esporre, il sesto motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale, con il quale si contesta la qualificazione giuridica del contratto messo a gara: non si tratta, infatti, come correttamente rilevato da parte ricorrente, di un appalto di servizi bensì di una concessione di servizi.

7.2. Invero, secondo la pacifica giurisprudenza si ha un appalto di servizi quando il corrispettivo è pagato direttamente dall'Amministrazione al prestatore del servizio, il quale, conseguentemente, non ne sopporta il rischio legato alla gestione, a differenza del

concessionario di servizi, il quale trae la propria remunerazione dai proventi ricavati dagli utenti (cfr., Cass. S.U. sentenza n. 23155/2024; Corte giustizia UE sez. VIII, 10/11/2022, n.486). Solamente se non c'è trasferimento del rischio operativo, almeno parziale, a carico del privato, il contratto può essere qualificato come appalto; diversamente esso va ascritto al paradigma della concessione (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, sentenza n. 18072/2023).

La qualificazione giudica del contratto è fondamentale al fine di individuare la disciplina normativa a cui esso è assoggettato.

7.3.1. Ora, nel caso di specie, il Disciplinare di gara all'articolo 1.3 prevede che «All'aggiudicatario, quale corrispettivo per il servizio reso, verrà riconosciuto esclusivamente il diritto di riscuotere, ricevere e/o trattenere, dai partecipanti alle prove di ammissione il contributo di partecipazione predeterminato secondo quanto meglio indicato nello schema di contratto al punto 6», ovverosia €uro 130,00 a iscritto.

Poiché, in effetti il corrispettivo che percepisce il contraente privato varia in relazione al numero dei partecipanti alla prova di ammissione, può concludersi che l'aggiudicatario assume il rischio di non vedersi remunerati le risorse umane, organizzative e strumentali messe in campo per eseguire il contratto medesimo.

Questo porta a qualificare il contratto in esame come concessione.

7.3.2. Deve però rilevarsi che si tratta di una concessione sui generis, dato che è destinata a esaurirsi in un arco di tempo molto limitato e che il concessionario non gode di larghi margini di libertà per organizzare il servizio.

Tuttavia, poiché è indubbio che la parte pubblica non verserà all'aggiudicatario alcun corrispettivo per il servizio reso, e che il corrispettivo non è predeterminato, ma varia in dipendenza di elementi che l'aggiudicatario non può controllare (i.e. numero iscritti) e di cui assume il rischio, il contratto messo a gara non è un appalto, ma una concessione.

8.1. Con il settimo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. sostiene che la legge di gara sia illegittima nella misura in cui non pretende che i concorrenti, ai fini della prestazione del servizio di pagamento tramite piattaforma del contributo di partecipazione da parte dei candidati, siano "qualificati" dall'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

8.2. Pure tale questione è già stata esaminata da questo Tribunale nell'ambito del contenzioso insorto in relazione alla gara per il medesimo servizio bandita da CINECA nell'anno 2023 per l'anno accademico 2023/2024.

Ebbene, con la sopra richiamata sentenza n. 5/2024 la Sezione ha respinto analoga censura, ritenendo che per l'obiettivo da raggiungere fosse sufficiente (allora come adesso) quanto richiesto dalla legge di gara, ovverosia la registrazione dei candidati sul sistema di prenotazione di www.university.it di proprietà del Ministero e il pagamento del contributo di iscrizione attraverso un circuito sicuro (tipo bancario).

8.3. Il Collegio non vede ragioni per dissentire dal proprio recente precedente.

La doglianza è dunque infondata.

9.1. Con l'ottavo motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale la società Recrytera S.r.l. dubita della legittimità della possibilità, prevista nella legge di gara, per CINECA di fare ricorso alla esecuzione anticipata ovvero alla esecuzione in via d'urgenza del contratto.

9.2.1. Va ricordato che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 17, comma 8, e 50, comma 6, D.Lgs. n. 36/2023, l'esecuzione anticipata del contratto può essere disposta dalla stazione appaltante dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario per motivate ragioni.

9.2.2. L'esecuzione in via d'urgenza, a sua volta, può essere disposta dalla stazione appaltante quando, secondo quanto dispone il comma 9 del precitato articolo 17 del D.Lgs. n. 36/2023, «ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea».

9.3.1. Ora, laddove si limita a richiamare le previsioni di legge applicabili *ratione temporis* (unicamente quelle contenute nel D.Lgs. n. 36/2023), il bando di gara in sé non è illegittimo. L'articolo 13.1. del disciplinare di gara va dunque interpretato nel senso che i due istituti possono essere utilizzati solamente a condizione che sussistano i presupposti di legge sopra richiamati, e non in via derogatoria.

La verifica della sussistenza di tali presupposti va fatta, peraltro, *ex post* e in concreto, caso per caso. in relazione all'esercizio da parte dell'Amministrazione di tale potere.

9.3.2. Invero, è nell'ambito del provvedimento con il quale la stazione appaltante attiva l'esecuzione anticipata ovvero in via d'urgenza del contratto che debbano essere esternate le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'una o l'altra, senza che si possa ovviamente far riferimento al fatto che *ex ante* e in astratto il bando ha previsto tale possibilità.

9.4. Resta poi fermo che l'urgenza non deve essere provocata dalla stazione appaltante che ha tardato a bandire la gara o la ha protratta fino ad arrivare in prossimità della data di espletamento delle prove di ammissione, così da elidere la possibilità di una tutela cautelare o financo caducatoria dell'interesse del concorrente non aggiudicatario.

10.1. Infine, con il primo motivo di impugnazione contenuto nel primo ricorso per motivi aggiunti la società Recrytera S.r.l. si duole della genericità dei criteri e sottocriteri di valutazione delle offerte fissati dalla legge di gara, che lascerebbero alla Commissione giudicatrice un vero e proprio arbitrio valutativo.

10.2.1. Come chiarito dalla giurisprudenza, «il "criterio di valutazione" è uno strumento di orientamento e controllo dell'attività tecnico-discrezionale spettante alla Commissione di gara

ai fini della attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche dei concorrenti: esso ha la funzione, da un lato, di indirizzare ex ante l'attività di formulazione di queste ultime ad opera dei partecipanti alla gara, garantendo la ragionevole prevedibilità del percorso valutativo che sarà seguito dalla Commissione e consentendo, quindi, ai concorrenti di modulare i contenuti delle offerte in modo da soddisfare nel modo ritenuto maggiormente competitivo le esigenze poste dalla stazione appaltante a base della gara, dall'altro lato, di rendere percepibili ex post i profili che la Commissione giudicatrice ha ritenuto di valorizzare ai fini della enucleazione del pregio tecnico-qualitativo delle offerte e sindacabili conseguentemente, nei limiti compatibili con la loro connotazione tecnico-discrezionale, le valutazioni dalla stessa compiute ed i punteggi conseguentemente assegnati, anche laddove espressi in forma esclusivamente numerica».

Peraltro, «il grado di specificità del “criterio di valutazione” non è predeterminabile a priori, ma varia in dipendenza della natura e della complessità delle prestazioni che costituiscono oggetto della gara, dovendo attingere un livello di concretezza atto a conciliare la suesposta necessità di sufficiente conoscenza preventiva da parte dei concorrenti degli aspetti sui quali la stazione appaltante ritiene di sollecitare la proposizione di soluzioni migliorative e quella di non imbrigliare - con effetti evidentemente anti-concorrenziali - entro limiti eccessivamente ristretti la capacità progettuale dei concorrenti attraverso la rigida pre-definizione del contenuto della prestazione richiesta, privandola del quid di originalità garantito dall'apporto creativo del singolo concorrente» (così, C.d.S., Sez. III, sentenza n. 8003/2024).

10.2.2. La valutazione delle offerte in competizione avviene dunque attraverso l'attribuzione di un punteggio numerico in relazione ai criteri enucleati dalla legge di gara.

Il punteggio numerico è idoneo a soddisfare l'obbligo motivazionale a carico della stazione appaltante e a rendere intellegibili le ragioni per le quali l'offerta vincitrice è stata preferita alle altre, laddove la legge di gara predetermini con chiarezza e con un adeguato grado di dettaglio i criteri di attribuzione del punteggio medesimo (cfr., T.A.R. Molise, sentenza n. 49/2024; C.d.S., Sez. III, sentenza n. 8893/2023).

Se, viceversa, detta condizione non è soddisfatta, vuoi perché i criteri di valutazione, specie quelli di tipo qualitativo, sono descritti in termini generici, vuoi perché è assegnato ad essi un ampio intervallo di punteggio, vuoi perché non sono predeterminati i parametri per attribuire i valori intermedi, allora il mero dato numerico non è autosufficiente.

10.3. Nel caso di specie la legge di gara ha fissato i seguenti criteri di valutazione delle offerte:

1) l'esperienza in ambito di gestione di test center (fino a 40 punti), da valutarsi secondo i seguenti sottocriteri

- tipologia e importanza / rilevanza dei test gestiti;
- numero di sedi gestite per singolo test e numero di concorrenti coinvolti;
- complessità e tipologia di organizzazione dei concorsi;

2) la piattaforma di registrazione e di pagamento da parte dei candidati (fino a 20 punti), da valutarsi secondo i seguenti sottocriteri:

- tipologia del livello qualitativo della tecnologia utilizzata;
- parametri di sicurezza descritti e adottati;
- algoritmo per garantire eventuali sovrapposizioni ed esclusione dell'over booking;
- eventuali precedenti utilizzi della piattaforma;

3) le sedi estere proposte (fino a 40 punti), da valutarsi secondo i seguenti sottocriteri:

- adeguatezza delle sedi in termini di logistica e raggiungibilità e la capacità di candidati;
- idoneità della sede rispetto alle esigenze oggetto dell'appalto;
- eventuali e precedenti utilizzi delle sedi per lo svolgimento di attività analoghe.

10.4. A fronte di questo dato letterale il Collegio condivide i rilievi di parte ricorrente sulla genericità dei criteri di valutazione.

Infatti:

(A) Quanto al criterio 1:

- non è specificato in relazione a quali aspetti è determinata l'importanza dei test gestiti in passato ai fini della valutazione dell'esperienza;
- non sono fissate fasce quantitative per distribuire il punteggio in relazione al numero di test già gestiti;
- non è chiarito sulla base di quali parametri è valutata la complessità dei test gestiti in passato dal concorrente;

(B) Quanto al criterio 2:

- non è spiegato quale sia il livello qualitativo minimo da raggiungere e a partire dal quale sono valutati favorevolmente miglioramenti dello stesso;
- non è chiaro quali siano i parametri di sicurezza su cui deve essere fatta la valutazione;
- non sono enucleate le caratteristiche richieste per l'algoritmo di gestione delle prenotazioni;
- non sono indicati criteri di preferenza o quantitativi per l'utilizzo in precedenza della piattaforma;

(C) Quanto al criterio 3:

- non sono indicati i punti da cui deve essere calcolata la distanza della sede offerta e non sono prefissate fasce di punteggio rispetto a tale parametro;
- non sono specificate le caratteristiche della sede che saranno prese in considerazione ai fini della valutazione della loro idoneità al compito da svolgere;
- non sono indicati criteri di preferenza o quantitativi per l'utilizzo in precedenza delle sedi medesime.

10.5. Più in generale, la mancata previsione di sub-punteggi in relazione ai sottocriteri e di fasce di punteggio intermedie per gli stessi rende impossibile per il concorrente modulare l'offerta con consapevolezza al fine di soddisfare al meglio le aspettative della stazione appaltante, e impedisce un controllo di legittimità ex post al Giudice in punto di coerenza dei punteggi assegnati con i vincoli contenuti nella legge di gara.

11.1. In conclusione, il ricorso principale, il primo ricorso per motivi aggiunti e il secondo ricorso per motivi aggiunti sono fondati e vanno accolti nei termini sopra esposti.

Tutti i restanti motivi di impugnazione, in quanto diretti a contestare l'aggiudicazione dell'appalto alla società Minerva Testing Limited e la graduatoria finale che vede la società Selexi S.r.l. sopravanzare la ricorrente Recrytera S.r.l., possono essere assorbiti, conformemente alla graduazione di essi effettuata da parte ricorrente.

Conseguentemente, il terzo ricorso per motivi aggiunti va dichiarato improcedibile.

11.2. Per l'effetto dell'accoglimento del ricorso principale, del primo e del secondo ricorso per motivi aggiunti gli atti impugnati sono annullati a partire da quelli di indizione della gara, che viene interamente annullata.

11.3.1. Peraltro, la società Recrytera S.r.l. ha formulato accanto alla domanda di annullamento, anche domanda di risarcimento del danno.

Ora, la condanna dell'Amministrazione per l'attività provvedimento presuppone, oltre alla illegittimità del provvedimento da essa adottato, anche l'esistenza di un danno, di una lesione cioè alla posizione giuridica soggettiva del ricorrente, che non abbia ottenuto integrale soddisfazione dall'annullamento del provvedimento illegittimo.

11.3.2. Nel caso di specie, se il primo elemento sussiste sicuramente, avendo CINECA bandito una procedura aperta regolata da una legge di gara illegittima, che per questa ragione è stata annullata, altrettanto non può dirsi per il secondo elemento.

11.3.3. Va, infatti, considerato che nel graduare – come è in suo potere – gli interessi azionati, le domande formulate e le censure dedotte, parte ricorrente ha dato precedenza a quelle volte a ottenere il travolgimento dell'intera gara.

Ora, tale interesse ha già trovato piena soddisfazione dall'accoglimento della domanda caducatoria, dall'annullamento della gara che ne è conseguito.

11.3.4. Né residua spazio per il risarcimento della perdita di chance a vedersi assegnato il servizio in questione.

Il Collegio non ignora l'esistenza di un orientamento interpretativo che ritiene la chance risarcibile in sé, indipendentemente dal grado di probabilità del suo avveramento (cd. teoria ontologica: si veda, ex plurimis, C.d.S., Sez. VII, sentenza n. 8545/2023), tuttavia nel caso di specie è da escludersi la sussistenza stessa di una chance.

Come è emerso ai punti che precedono, la legge di gara era affetta da tanti e tali vizi, che non vi è prova (onere che, per inciso, gravava sulla ricorrente; cfr., ex multis, T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. II, sentenza n. 1038/2021) che con una procedura di evidenza pubblica regolata da una disciplina diversa, emendata dai vizi che hanno portato al suo annullamento, la società Recrytera S.r.l. vi avrebbe financo partecipato.

11.3.5. In conclusione, la domanda risarcitoria (a differenza di quella caducatoria) non può trovare accoglimento.

12. In applicazione della norma contenuta nel comma 1 dell'articolo 26 del Codice di rito, le spese di giudizio sono poste a carico di CINECA, quale parte soccombente, e sono liquidate a favore della società Recrytera S.r.l. nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui tre ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- a) accoglie nei termini e nei limiti di cui in motivazione il ricorso principale e i primi due ricorsi per motivi aggiunti e per l'effetto annulla gli atti impugnati;
- b) dichiara improcedibile il terzo ricorso per motivi aggiunti;
- c) respinge le domande di risarcimento del danno;
- d) condanna il Consorzio Interuniversitario CINECA a rifondere alla società Recrytera S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 12.000,00 (dodicimila/00), oltre ad accessori di legge, e al rimborso del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo per la Regione Emilia-Romagna ha posto in luce i confini applicativi dell'**esecuzione anticipata del contratto d'appalto** e dell'**esecuzione in via d'urgenza**.

In particolare, nel caso che ci si accinge ad esaminare, i Giudici amministrativi hanno deciso in merito al ricorso proposto dalla società terza qualificata la quale, *inter alia*, lamentava l'illegittimità della disposizione, presente nella legge di gara, che attribuiva alla stazione appaltante la facoltà di avvalersi degli istituti di cui sopra.

Rilevando che l'Amministrazione convenuta avesse correttamente adeguato il proprio operato a quanto prescritto dagli articoli di riferimento, il Collegio ha pertanto riferito circa la connotazione di tali modalità di anticipazione dell'esecuzione.

Procediamo con ordine.

Il punto di partenza dell'analisi che ci occupa non può che essere il **dato normativo, costituito precipuamente dai commi 8 e 9 dell'articolo 17 e, secondariamente, dal comma 6 dell'articolo 50 Codice dei Contratti Pubblici**.

Per amor di precisione, giova precisare, incidentalmente, che la normativa in esame è figlia delle novità introdotte nel periodo emergenziale, dapprima attraverso l'articolo 8, c. 1, d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120) e, successivamente, attraverso l'articolo 51, comma 1, lett. f), d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108).

Venendo alle prescrizioni contenute nel vigente Codice dei Contratti, l'articolo 17 stabilisce che: "8. *Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9.*

9. *L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea*".

Ebbene, pur se, *ictu oculi*, le disposizioni non sembrano generare difficoltà interpretative ed applicative, attraverso un'analisi più approfondita emergono talune criticità di coordinamento che non appaiono essere state risolte dal Collegio giudicante nei dedicati profili di motivazione del dispositivo.

In effetti, **dalla lettura della sentenza**, formulata nei termini che segue: *“Va ricordato che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 17, comma 8, e 50, comma 6, D.lgs. n. 36/2023, l'esecuzione anticipata del contratto può essere disposta dalla stazione appaltante dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario per motivate ragioni. L'esecuzione in via d'urgenza, a sua volta, può essere disposta dalla stazione appaltante quando, secondo quanto dispone il comma 9 del precitato articolo 17 del D.lgs. n. 36/2023, «ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea”, pare possa dedursi una netta linea di demarcazione tra l'esecuzione anticipata e quella in via d'urgenza.*

In tale prospettiva, nel **primo caso**, si delineerebbe in capo alla stazione appaltante la **facoltà di anticipare l'esecuzione delle prestazioni oggetto della procedura di affidamento, fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6**, ovvero sia dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario.

Di converso, la **seconda fattispecie** determinerebbe l'insorgenza, in capo alla stessa stazione appaltante, di un **vero e proprio obbligo di procedere all'esecuzione cosiddetta d'urgenza in tutti i casi tassativamente nominati dal comma 9 della disposizione in esame.**

Viene da chiedersi se le due evenienze in esame possano essere appropriatamente considerate come due entità distinte o se, piuttosto, non costituiscano l'una la prosecuzione dell'altra. La soluzione del dilemma non è priva di implicazioni sul piano pratico.

Postulando di considerare tali istituti come due monadi a sé stanti, la prescrizione di cui al comma 8, che fa salva l'applicazione di cui all'articolo 50, comma 6, dovrebbe essere ritenuta come “riservata” – poichè ad essa esplicitamente riferita – alla sola ricorrenza dell'ipotesi di esecuzione anticipata. Si tratta di un basilare esercizio di logica: se *dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del Contratto*, è di certo vero che la stazione appaltante non può procedere all'esecuzione anticipata del contratto prima di aver verificato i requisiti dell'aggiudicatario, ma non si esclude che la stessa possa invece prescindere da tale controllo (o meglio, posticiparlo) nei casi di esecuzione d'urgenza. **Quid iuris, dunque, nel caso in cui si versi in una delle condizioni presupposte dal comma 9?**

L'assenza del richiamo di questa modalità di anticipazione nell'articolo 50, cit., nonché di ulteriori specificazioni normative in merito, crea una lacuna che può portare, non solo in

astratto, alla possibilità di affermare che l'avvio delle prestazioni in via d'urgenza sia consentito prima della verifica dei requisiti, con la conseguenza che esso può avvenire non solo prima della stipula del contratto, ma anche prima che l'aggiudicazione divenga efficace.

Tale è la ricostruzione prospettata da **ANAC a mezzo del parere n. 51/2024**.

Diversamente, volendo considerare le fattispecie di cui all'articolo 17, commi 8 e 9, come l'una la naturale *prosecutio* dell'altra, non si incapperebbe nel vuoto normativo di cui sopra, con la meccanica applicabilità, in via generale, della disposizione di cui al 50, comma 6, cit.

In effetti, se, da un lato, può sostenersi che **l'esecuzione in via d'urgenza è ontologicamente orientata all'accelerazione delle tempistiche della procedura di affidamento**, attraverso l'annullamento della discrezionalità della stazione appaltante al ricorrere delle situazioni tipizzate nella disposizione, dall'altro **risulta poco efficace dare luogo ad una compressione e inversione delle fasi dell'affidamento tale da bypassare anche il controllo dei requisiti**. Basti pensare che l'esito negativo di detta verifica genererebbe inefficienze non di poco conto, annullando i vantaggi ottenibili dalla precoce esecuzione.

Si è parlato di **discrezionalità**.

Forse che questa non possa allora essere identificata come l'elemento principe, **unico vero discrimen tra consegna anticipata e consegna in via d'urgenza**? Queste ultime, in una simile prospettiva, non sarebbero più considerate come due entità distinte e non comunicanti, ma verrebbero ricondotte ad unità, venendo a costituire un'unica ipotesi di esecuzione anticipata "liquida" (come, pur se in altri ambiti, insegna Bauman), che assume una sua propria connotazione a seconda dell'ampiezza dei margini delle scelte di opportunità affidate alla stazione appaltante.

Di tal che, **nelle ipotesi tassativamente nominate dal comma 9** (eventi oggettivamente imprevedibili, situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea), **l'urgenza ontologicamente preclude alla stazione appaltante qualsivoglia valutazione in merito all'opportunità di procedere con l'avvio anticipato delle prestazioni, delineandosi un chiaro obbligo in tal senso**.

Di contro, nelle ulteriori ipotesi cui rimanda il comma precedente, la formulazione aperta della disposizione lascia ampio margine al dispiegamento del potere discrezionale della committenza di valutare se sia conveniente procedere nelle modalità di cui sinora si è detto.

Ebbene, una simile ricostruzione delle disposizioni legislative in commento ben si accompagna alla previsione, di cui al comma 8, sulla scorta della quale l'esecuzione anticipata (in tutte le eventualità che non configurano urgenza secondo il disposto del comma successivo) deve

essere disposta subordinatamente all'esternazione di “**motivate ragioni**” che la giustifichino. Nulla invece si dice nei casi di urgenza “qualificata”, in cui, pertanto, potrebbe essere sufficiente – per tutto quanto detto sinora - il richiamo delle contingenze in tal senso decisive.

Tale profilo, tuttavia, non sembra essere stato colto dai giudici per l'Emilia-Romagna, i quali si sono limitati a dedurre che: “*è nell'ambito del provvedimento con il quale la stazione appaltante attiva l'esecuzione anticipata ovvero in via d'urgenza del contratto che debbano essere esternalate le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'una o l'altra*”. Eppure, una simile statuizione pone in essere un appiattimento dell'obbligo di motivazione della stazione appaltante, la cui diversa intensità e incisività è piuttosto esaltata dalla previsione, nell'un caso e non nell'altro, di fornire le motivate ragioni alla base del provvedimento.

Ecco, allora, che il cerchio sembra chiudersi solo considerando le due fattispecie, protagoniste di questa breve disamina, come **due facce della stessa medaglia**: ferma la previa verifica dei requisiti, si osserva l'attribuzione alla stazione appaltante del potere di dar avvio all'esecuzione anticipata della commessa, che questa può azionare – discrezionalmente e con un pregnante obbligo di motivazione da soddisfare – in tutte le situazioni che non siano configurate come un'urgenza “qualificata” in ragione della portata tassativa del comma 9, la cui manifestazione tramuta detto potere in dovere.