

Pubblicato il 06/07/2021

N. 07967/2021 REG.PROV.COLL.
N. 09156/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9156 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Pegaso S.R.L Servizi Fiduciari, Società Sistemi di Sicurezza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio eletto presso lo studio Benedetta Scuderi in Roma, via G. Benzoni 16, Scala D, Int. 7;

Antonio Scuderi non costituito in giudizio;

contro

Poste Tutela S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste 16;

nei confronti

Poste Italiane S.p.A., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste 16;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Services Group, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini, 30, rappresentato e difeso dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando di gara Poste Tutela S.p.A., pubblicato in G.U.R.I. 5° serie speciale – contratti pubblici n. 87 del 31.7.17, con il quale la predetta società ha indetto procedura aperta per l'istituzione di accordi quadro, aventi ad oggetto il servizio di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane s.p.a. e di società del Gruppo, suddivisa in 7 lotti cumulabili;
- del relativo capitolato speciale d'oneri in uno a tutti gli allegati;
- dei provvedimenti di rettifica dei modelli C OE;
- dei modelli C OE rettificati e di tutti gli altri atti di gara;
- della nota della società pubblicata sul sito postprocurement con cui sono stati indicati i nuovi valori complessivi dell'appalto;
- dell'avviso di proroga pubblicato sulla GURI n. 109 del 20.09.2017;
- degli avvisi di rettifica e proroga pubblicati sulle GUUE del 22.9.2017 e del 26.9.2017;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale, tra cui l'eventuale provvedimento con cui è stata indetta la gara ed anche i chiarimenti resi ai quesiti proposti dagli operatori, pubblicati sul sito il 13 settembre;

per quanto riguarda i motivi aggiunti, presentati dalla società Pegaso s.r.l. Servizi Fiduciari il 5\12\2017:

- del provvedimento di Poste Tutela S.p.A. pubblicato in G.U.R.I., 5° serie speciale – contratti pubblici n. 125 del 27.10.17 e sulla GU/S S207 del 27.10.2017 (428998-2017-IT), con il quale la predetta società ha prorogato i

termini per il ricevimento delle offerte o delle domande di partecipazione per l'istituzione di accordi quadro, aventi ad oggetto il servizio di **portierato**, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane s.p.a. e di società del Gruppo suddivisa in 7 lotti cumulabili;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Tutela S.p.A. e di Poste Italiane S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2021 la dott.ssa Chiara Cavallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 28 settembre 2017 e depositato il successivo 29 settembre la società in epigrafe indicata ha impugnato il bando di gara, il capitolato speciale e gli atti connessi relativi all'indizione della procedura aperta per accordi quadro da parte di Poste Tutela s.p.a. avente ad oggetto il servizio di **portierato**, reception e presidio varchi per le sedi dell'Ente e di società del Gruppo, suddivisa in n. 7 lotti, contestando alcuni profili di ambiguità che risulterebbero connessi alla disciplina di gara.

2. Il gravame è affidato a cinque motivi di doglianza, di seguito riportati:

“I – Violazione di legge (artt. 54, 23 e 97 d.lgs. 50/2016) – Eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti - carenza di istruttoria – erroneità della motivazione – abnormità) – Violazione dei principi in materia di libera concorrenza”;

“II – Violazione di legge (artt. 54, 23, 95 e 97 d.lgs. 50/2016) – Eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti - carenza di istruttoria – erroneità della motivazione – abnormità) – Violazione dei principi in materia di libera concorrenza”;

“III – Violazione di legge (artt. 23, 51, 54, 59 e 60, D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.) – Eccesso di potere (sviamento – travisamento – erroneità – difetto e carenza di istruttoria

ingiustizia manifesta – illogicità – contraddittorietà) – Violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle gare”;

“IV – Violazione di legge (artt. 54 e 60, D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.) – Violazione dei principi generali in tema di partecipazione alle gare - Eccesso di potere (contraddittorietà - sviamento – travisamento – erroneità – difetto e carenza di istruttoria – ingiustizia manifesta – sproporzione - illogicità – confusione)”;

“V – Violazione di legge (art. 51, D. Lgs. n. 50/2016 – art. 41 Cost. - violazione principi comunitari concorrenza) – Eccesso di potere (sviamento - travisamento - difetto assoluto dei presupposti - difetto e carenza di motivazione - difetto e carenza di istruttoria – contraddittorietà - irragionevolezza - erroneità - ingiustizia manifesta)”.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente lamenta l'illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui circoscrive in modo sostanziale la base d'asta ribassabile, apparendo escluso dal suo oggetto il costo della manodopera.

2.2. Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente censura la disciplina di gara nella parte in cui, come risulterebbe confermato nella risposta fornita dalla stazione appaltante allo specifico quesito formulato, avrebbe previsto l'inclusione dei costi della sicurezza nell'ambito dell'importo soggetto a ribasso, in violazione della regola posta dall'articolo 23, comma 6, D.lgs. n. 50/2016.

2.3. Con il terzo motivo di gravame, la ricorrente lamenta l'incertezza determinata dal successivo avviso di rettifica con il quale la stazione appaltante ha modificato il valore totale stimato dell'intero appalto senza distinguere tra le voci preventivamente individuate dal bando per ciascun lotto (quale l'importo a base d'asta, l'eventuale rinnovo e gli eventuali servizi opzionali), con conseguente impossibilità per le imprese interessate di avere contezza di quale sia il volume di servizio che la stazione appaltante possa richiedere per ciascun lotto; deduce, inoltre, che per lo specifico lotto n. 3 il valore complessivo stimato non corrisponderebbe alla somma delle singole voci individuate.

2.4. Con il quarto motivo di ricorso, la società lamenta l'incertezza sul termine fissato, all'esito della proroga prevista, per la presentazione delle offerte, deducendo la mancata coincidenza della data rispettivamente indicata sulla GURI e sulla GUUE.

2.5. Con il quinto motivo di gravame, la società deduce l'irragionevolezza e la contraddittorietà della disciplina di gara nella misura in cui da un lato il bando contempla la possibilità di presentare offerte per un numero massimo di 7 lotti, dall'altro il capitolato speciale prevede che in relazione alle aggiudicazioni dei lotti non è consentita la cumulabilità nel limite massimo di un lotto per ciascuna area territoriale, con conseguente violazione della disposizione contenuta nell'art. 51, comma 3, D.lgs. n. 50/2016.

3. Poste Tutela S.p.A. si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

4. È intervenuta con atto *ad adiuvandum* una società esercente attività di **vigilanza** e di sorveglianza nella Regione Campania, dichiarando di condividere le ragioni alla base del proposto gravame, chiedendone l'accoglimento.

5. Con memoria difensiva Poste Tutela S.p.A. ha eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione nonché la carenza di legittimazione attiva per l'insussistenza di una situazione differenziata in capo alla ricorrente (e al terzo interveniente), deducendo altresì inammissibilità dell'atto di intervento per tardività, contestando poi nel merito le censure articolate in ricorso.

5.1. In punto di giurisdizione la resistente sosteneva in particolare che, in conformità alla propria natura giuridica di impresa pubblica (in qualità di controllata al 100% da Poste Italiane S.p.A.) e alla luce dei principi interpretativi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 16/2011, sarebbe stata soggetta alla disciplina del D.lgs. n. 50/2016 solo quando operante nel perimetro dei settori speciali – ai sensi degli articoli 114 e ss. D.lgs. n. 50/2016 (in specie, art. 120 in tema di servizi postali) – e non anche per un servizio, come quello oggetto di affidamento nel caso di specie, destinato agli uffici amministrativi e direzionali,

prevalentemente dedicati alle operazioni finanziarie e solo in via residuale utilizzati in maniera promiscua, per cui in tale ambito la società stessa sarebbe stata fornita di piena autonomia negoziale, con effettuazione di una procedura selettiva solo in via di autovincolo, in ogni caso sottratto alla cognizione del giudice amministrativo.

6. Con apposite note la società ricorrente ha articolato le proprie controdeduzioni in relazione all'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla parte resistente, sostenendo che tra i servizi ricompresi nei settori speciali sarebbero da considerare non solo quelli direttamente menzionati dalla normativa di settore, ma anche quelli complementari e strumentali, finalizzati a garantirne l'effettivo svolgimento, richiamando al riguardo l'intervenuta pronuncia nel merito sulla precedente procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del medesimo servizio da parte della stessa stazione appaltante, sull'assunto della ritenuta giurisdizione amministrativa al riguardo (sentenza TAR Lazio, sede di Roma, sez. III ter, n. 4430/2016), nonché la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4934/2013 resa in tema di servizi strumentali nell'ambito dei settori speciali.

7. Con ordinanza n. 5507/2017 la Sezione, impregiudicato ogni ulteriore approfondimento in sede di merito sui temi in controversia ivi compresi i profili preliminari, ha disposto – in accoglimento dell'istanza cautelare avanzata – la sospensione della procedura per cui è causa con sollecita fissazione dell'udienza di merito al 7 marzo 2018.

8. Con successivo atto di motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato la proroga del termine di presentazione delle offerte, disposta nelle more dalla stazione appaltante con la fissazione della relativa data al 14 marzo 2018, sostenendo l'intervenuta elusione ovvero violazione del disposto dell'ordinanza cautelare resa, anche in relazione alla imminente definizione nel merito delle questioni poste alla base del ricorso.

9. In vista della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare proposta con l'atto di motivi aggiunti, le parti hanno depositate

memorie; il terzo interveniente si è costituito *ad adiuvandum* anche in relazione all'atto di motivi aggiunti proposto, insistendo per il relativo accoglimento.

10. Con ordinanza n. 246/2018 la Sezione, in accoglimento dell'istanza cautelare avanzata, ha ritenuto di estendere gli effetti della sospensiva anche all'atto di proroga dei termini (gravato con motivi aggiunti).

11. In vista dell'udienza fissata per la trattazione nel merito del ricorso integrato dall'atto di motivi aggiunti, le parti in causa hanno depositato memorie e rispettive repliche.

11.1. La parte resistente ha altresì depositato, a sostegno dell'eccezione pregiudiziale sollevata in punto di giurisdizione, l'ordinanza resa dalla Cassazione Civile, Sez. Un., 1 marzo 2018, n. 4899 in cui è stata affermata la natura di impresa pubblica di Poste Italiane S.p.A. e la giurisdizione del giudice ordinario per una procedura di gara non inerente all'attività ricompresa nel settore speciale.

11.2. Si è poi costituita la società Poste Italiane S.p.A., nella quale la resistente Poste Tutela S.p.A. si è fusa per incorporazione, dichiarando di far proprie tutte le difese, eccezioni e richieste formulate dalla resistente nel presente giudizio, insistendo per il loro accoglimento.

12. Con ordinanza n. 4845/2018 la Sezione, dovendo pronunciarsi sull'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata nella controversia in esame dalle società resistenti, ha ritenuto – anche al fine di valutare se sollecitare o meno l'intervento chiarificatore di organismi sovranazionali – di disporre l'acquisizione di una relazione di chiarimenti a cura dell'AGCOM e del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE) in ordine a questioni specificamente individuate, come di seguito riportate: “1) *quali sono le attività svolte da Poste Italiane spa (che ha incorporato la società Poste Tutela), oltre a quelle relative ai servizi postali e se le stesse siano attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs n. 50 del 2016; 2) se quanto affermato nella predetta ordinanza della Cassazione SS.UU. civili, 1° marzo 2018, n. 4899 sia conforme o meno alle linee di indirizzo tratte dalla*

sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 10 aprile 2008, C-393/06 Aigner (pure richiamata nel testo dell'ordinanza) e da tutta la giurisprudenza comunitaria che, con riferimento agli organismi di diritto pubblico, ha affermato l'applicazione della c.d. "teoria del contagio" (a partire da CGUE 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann); in particolare, si chiede di esprimere il proprio orientamento, in rapporto all'ambito di applicazione della disciplina in materia di appalti nei settori speciali e in quelli ordinari, con particolare riguardo al profilo soggettivo, considerato che l'art. 7 della Direttiva UE 2014/24 (settori ordinari) esclude le "amministrazioni aggiudicatrici" dall'applicazione di detta direttiva quando esercitano una o più attività comprese nell'ambito dei c.d. "settori speciali"; 3) come sia considerata (anche sulla base di eventuali disposizioni interne) la natura giuridica di Poste Italiane spa e se possa dirsi sussistente nella predetta società il requisito teleologico, previsto per la definizione dell'organismo di diritto pubblico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs n. 50 del 2016, ovvero il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

13. Le Amministrazioni onerate hanno depositato la richiesta relazione di chiarimenti in data 28 maggio 2018.

14. In vista della trattazione nel merito del ricorso all'udienza del 4 luglio 2018, le parti in causa hanno depositato memorie e relative repliche.

15. Con ordinanza collegiale n. 7778/2018 la Sezione ha ritenuto di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE - con sospensione del presente giudizio - per sottoporre sei quesiti (inerenti a questioni pregiudiziali in quanto implicanti la sussistenza, o meno, di giurisdizione del giudice amministrativo), di seguito riportati:

"1) se la società Poste Italiane s.p.a., in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art 3, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 50 del 2016 e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE);

2) se la predetta qualificazione si estenda alla società, partecipata al 100%, Poste Tutela s.p.a., peraltro in via di già deliberata fusione con la prima, tenuto conto del punto n. 46 delle premesse alla direttiva 2014/23/UE sulle persone giuridiche controllate (cfr anche,

in tal senso, Corte di Giustizia UE, sez.IV, 5 ottobre 2017, n. 567: obbligo di gara per le società controllate dalla p.a.; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211);

3) se dette società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano in relazione con l'attività svolta nei settori speciali, in base alla direttiva 2014/25/UE, quali enti aggiudicatori, per i quali la stessa natura di organismi di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II° del Codice degli appalti, con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l'attività contrattuale non attinente a detti settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art. 16;

4) se le medesime società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, restino invece – ove in possesso dei requisiti di organismi di diritto pubblico – soggette alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgenti – in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza;

5) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al servizio universale e attività a quest'ultimo estranee, il concetto di strumentalità – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – possa ritenersi escluso per contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché il servizio di portierato e di custodia degli uffici stessi;

6) se infine, ove la prospettazione di Poste Italiane s.p.a. fosse ritenuta condivisibile, debba ritenersi contrastante col consolidato principio di legittimo affidamento dei partecipanti alla gara la riconduzione a mero autovincolo – non soggetto a tutte le garanzie di trasparenza e pari trattamento, disciplinate dal codice degli appalti – l'indizione di una procedura concorsuale, debitamente pubblicizzata senza ulteriori avvertenze al riguardo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea?.

16. Poste Italiane S.p.A. in data 9 ottobre 2018 ha depositato la documentazione connessa all'intervenuta adozione di un provvedimento di rimozione in autotutela del bando di gara oggetto di gravame, proponendo poi istanza di prelievo recante la richiesta di declaratoria dell'improcedibilità

del ricorso per “cessata materia del contendere e/o per sopravvenuta carenza di interesse”, evidenziando al riguardo “l’intervenuto annullamento d’ufficio del bando impugnato, che costituisce anche atto presupposto dell’intera procedura di gara”.

17. Con decreto presidenziale n. 6363/2018 si disponeva il non luogo a procedere in ordine alle istanze di fissazione di udienza e di prelievo depositate dalla Società resistente, ritenendo altresì che la questione relativa alla giurisdizione del giudice adito dovesse essere definita con assoluta priorità rispetto ad ogni altra questione, di rito o di merito, evidenziando anche la pendenza della sospensione del giudizio, disposta con la richiamata ordinanza n. 7778/2018 in ragione del rinvio pregiudiziale effettuato ai sensi dell’art. 267 TFUE.

18. In data 2 novembre 2020 interveniva la notifica della decisione resa dalla Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale disposto dalla Sezione nella presente causa (sent. 28 ottobre 2018, C-521/18), con la quale la Corte – pronunciandosi sulle questioni terza e quinta sottoposte al suo esame e ritenendo, in base alla risposta al riguardo fornita, non necessario rispondere alle ulteriori questioni poste – ha dichiarato che *“L’articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, dev’essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, reception e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l’attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all’esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio”*.

Quanto alle spese del relativo giudizio, la Corte evidenziava che la statuizione spetta al giudice nazionale.

19. La società ricorrente ha depositato in data 20 gennaio 2021 la documentazione relativa all’indizione di una nuova procedura di gara

(intervenuta nel gennaio 2019) da parte di Poste Italiane S.p.A. unitamente all'istanza della stessa ricorrente di partecipazione alla suddetta procedura e ai verbali di gara.

13. La società resistente in pari data ha depositato la documentazione relativa all'intervenuta aggiudicazione per ciascuno dei cinque lotti oggetto della nuova procedura di gara.

14. In vista dell'udienza pubblica fissata per la trattazione nel merito del ricorso, le parti hanno depositato rispettiva memoria.

14.1. La società ricorrente, in particolare, evidenziando preliminarmente sia la sussistenza della giurisdizione amministrativa in base a quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza resa sul disposto rinvio pregiudiziale sia la ricorrenza della legittimazione attiva all'impugnazione immediata delle previsioni della *lex specialis* di gara in quanto destinate a riflettersi direttamente sulla stessa partecipazione alla gara, nel richiamare la circostanza rappresentata dall'intervenuto annullamento in autotutela degli atti gravati e nel prospettare di non aver potuto aggiudicarsi alcun lotto nell'ambito della successiva procedura di gara in ragione dei nuovi criteri di selezione adottati, ha chiesto espressamente *“che venga accertata e dichiarata – ai sensi dell’art. 34, comma 3, c.p.a. – l’illegittimità degli atti impugnati, sussistendone interesse ai fini risarcitori?”*.

14.2. La società resistente, nel richiamare quanto esposto ed argomentato nelle precedenti difese in ordine alla inammissibilità ed infondatezza del ricorso e dei successivi motivi aggiunti, ha dedotto in via assorbente l'improcedibilità del ricorso per “cessata la materia del contendere e/o per sopravvenuta carenza di interesse” evidenziando, da un lato, che il bando oggetto di gravame è stato annullato in via di autotutela, dall'altro che è stata indetta una nuova procedura di gara, alla quale hanno partecipato anche gli odierni ricorrenti, conclusasi con l'aggiudicazione e la successiva stipula dei relativi accordi quadro con le società affidatarie dei singoli lotti, sottolineando altresì che, in base a quanto espressamente riconosciuto dalla Corte di

giustizia nella sentenza resa, “*l’oggetto della controversia principale è effettivamente venuto meno*”.

15. La società interveniente *ad adiuvandum* ha depositato apposita memoria, rappresentando la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del giudizio a seguito della successiva indizione da parte di Poste Italiane S.p.A. di un nuovo bando per l’affidamento del servizio controverso, riferendo di essere risultata aggiudicataria nell’ambito della suddetta procedura di gara di uno specifico lotto e di aver stipulato il relativo accordo quadro.

16. Le parti in causa hanno poi depositato le rispettive memorie di replica.

17. All’udienza pubblica del 10 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio in via preliminare afferma che sussiste la giurisdizione amministrativa in relazione alla controversia in esame, alla luce delle statuizioni rese dalla Corte di giustizia sui quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale disposto nell’ambito del presente giudizio ai sensi dell’art. 267 TFUE.

1.1. Al riguardo giova ripercorrere brevemente i principali passaggi del percorso logico-argomentativo sviluppato dalla Corte per addivenire agli esiti della pronuncia sulle questioni interpretative oggetto di rinvio pregiudiziale.

1.2. Il giudice europeo, in primo luogo, ha ritenuto di non doversi soffermare sul profilo inerente alla natura giuridica dell’Ente (Poste Tutela S.p.A. e Poste Italiane S.p.A.), risultando non contestata tra le parti in causa la natura di “impresa pubblica” in relazione a tale soggetto.

1.3. La Corte ha poi evidenziato, richiamando la corrispondente previsione contenuta nella previgente direttiva 2004/17 sul relativo ambito di applicazione *ratione materiae* anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali resi al riguardo, che il perimetro applicativo della direttiva 2014/25/UE individuato dall’invocato articolo 13, paragrafo 1, non può intendersi come

limitato alle sole attività di prestazione di servizi postali in quanto tali, includendo altresì le attività connesse alla prestazione di tali servizi.

1.4. La Corte è quindi passata ad esaminare la questione se possa ritenersi che servizi come quelli di cui trattasi nel procedimento principale abbiano un nesso con l'attività svolta nel settore postale dall'ente aggiudicatore interessato.

Il giudice europeo ha osservato al riguardo che, conformemente al disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, della richiamata direttiva 2014/25/UE, non può attribuirsi rilievo a un nesso di qualsivoglia natura, occorrendo considerare che rientrano tra le attività relative alla prestazione di servizi postali – in linea con la menzionata disposizione posta dall'articolo 13, paragrafo 1, della medesima direttiva – *“tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi”* (cfr. punto 43 della pronuncia della Corte), sottolineando altresì che *“lo stesso vale per le attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali”* (cfr. punto 44).

Nella prospettiva delineata, la Corte ha riconosciuto che *“un appalto come quello di cui trattasi nel procedimento principale non può essere considerato aggiudicato per scopi diversi dal perseguimento dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, e presenta al contrario, tenuto conto delle considerazioni esposte al punto 43 della presente sentenza, un nesso con tale attività che ne giustifica l'assoggettamento al regime istituito da tale direttiva”* (cfr. punto 46).

Al riguardo, ha evidenziato che nel caso in esame *“... è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato. Tale constatazione vale tanto per gli uffici aperti agli utenti dei servizi postali e che ricevono quindi il pubblico, quanto per gli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni*

amministrative. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 116 delle sue conclusioni, la prestazione di servizi postali comprende anche la gestione e la pianificazione di tali servizi? (cfr. punto 45).

1.5. La Corte ha quindi concluso per l'applicabilità all'appalto in questione della direttiva 2014/25/UE “*sia ratione personae sia ratione materiae*”, atteso che “*Poste Italiane riveste la qualità di impresa pubblica*” e in quanto “*i servizi di cui trattasi nel procedimento principale sono attività relative alla prestazione di servizi postali, che servono effettivamente al suo esercizio*” (cfr. punto 47).

1.6. Sul punto il giudice europeo ha evidenziato che non consente di pervenire a diversa conclusione l'argomentazione prospettata dall'Ente affidante in merito alla circostanza che le attività di **portierato** e di **vigilanza** oggetto del bando di gara di cui trattasi sono prestate anche a favore di attività estranee dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25 (quali i servizi di pagamento, di telefonia mobile, assicurativi o i servizi digitali), ritenendo sulla base delle informazioni fornite alla Corte – e salva verifica da parte del giudice del rinvio – che non possa considerarsi dimostrato che l'appalto di cui trattasi nel caso di specie fosse principalmente destinato ad attività non rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25 (cfr. punti 48-51).

1.7. In conclusione, la Corte dichiara espressamente – pronunciandosi sulla terza e quinta questione proposta, con assorbimento degli ulteriori quesiti sottoposti – che “*l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 dev'essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, reception e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio*”.

2. Il Collegio ritiene pertanto di dover affermare, in applicazione dei sopra esposti principi interpretativi delineati dalla Corte di giustizia nel contesto del presente giudizio, la sussistenza nel caso di specie della giurisdizione

amministrativa ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera "e", punto 1, cod. proc. amm.

La controversia in esame, infatti, verte su una procedura di gara assoggettata alla disciplina del D.lgs. n. 50/2016 – segnatamente prevista per i settori speciali ai sensi degli artt. 114 e ss. – in quanto concernente l'affidamento di servizi (di **portierato**, reception e presidio varchi degli uffici della stazione appaltante) connessi all'attività rientrante nel settore postale nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, non emergendo altresì dagli atti di causa e dalla documentazione depositata in giudizio l'asserita circostanza che i suddetti servizi fossero principalmente destinati ad attività (quali i servizi di pagamento, di telefonia mobile, assicurativi o i servizi digitali) estranee all'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva europea 2014/25.

3. Sempre in via preliminare, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso (e del successivo atto di motivi aggiunti) fondata sulla pretesa carenza di legittimazione attiva in capo alla società ricorrente.

Con il proposto gravame, infatti, vengono prospettate alcune ambiguità della *lex specialis* di gara su dati essenziali per la presentazione delle offerte di gara idonee a rendere indecifrabili i relativi contenuti, con conseguente impossibilità per le imprese interessate di formulare un'offerta seria e consapevole (in termini, cfr. TAR Lazio, sede di Roma, sez. II quater, 11 agosto 2020, n. 9138), nella pendenza del termine previsto per la presentazione della domanda di partecipazione (pure oggetto di una specifica censura sul piano dell'asserita incertezza circa la relativa scadenza in ragione dell'invocata contraddittorietà delle previsioni sul punto riportate nella disciplina di gara all'esito dell'intervenuta proroga).

I profili di doglianza rivolti avverso il bando di gara (il capitolato speciale e gli atti connessi), prospettando la circostanza che le censurate ambiguità avrebbero impedito la percezione delle condizioni poste dalla *lex specialis* ai fini della formulazione di un'offerta di gara corretta, adeguata e consapevole,

con conseguente idoneità a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura, appaiono suscettibili di determinare una lesione attuale e concreta della posizione giuridica vantata dalla ricorrente in qualità di operatore economico interessato a concorrere con altre imprese per l'aggiudicazione di una commessa pubblica, con conseguente radicamento dell'interesse a ricorrere, in linea con le coordinate ermeneutiche poste dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 1/2003 e confermate nell'ambito della successiva pronuncia n. 4/2018 (al riguardo, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, sent. 25 novembre 2019, n. 8014).

4. Ciò posto, in via ulteriormente preliminare il Collegio ritiene che nel caso di specie debba ravvisarsi un'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso (e al successivo atto di motivi aggiunti) in quanto l'interesse all'annullamento è venuto meno per effetto della rimozione in autotutela degli atti gravati (motivata dalla stazione appaltante con l'indicazione di ragioni diverse dalla pretesa illegittimità prospettata in ricorso), non ricorrendo altresì in concreto i presupposti necessari ai sensi e per gli effetti dell'invocato articolo 34, comma 3, cod. proc. amm.

4.1. Emerge dagli atti di causa e dalla documentazione depositata in giudizio che Poste Italiane S.p.A. – con avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana del 3 ottobre 2018 – “*si è determinata ad annullare/revocare il bando di gara*” oggetto del presente gravame, adducendo come motivazione la circostanza rappresentata dal “*complessivo riassetto organizzativo – anche territoriale – che ha interessato la stazione appaltante*” a seguito del perfezionamento in data 1 marzo 2018 della funzione per incorporazione di Poste Tutela S.p.A. in Poste Italiane S.p.A. (cfr. al riguardo la documentazione depositata dalla parte resistente in data 9 ottobre 2018).

La società ricorrente ha poi depositato (in data 20 gennaio 2021) la documentazione connessa all'indizione di un nuovo bando di gara (del 21 gennaio 2019 e del 23 gennaio 2019) da parte di Poste Italiane S.p.A. per l'affidamento del (medesimo) servizio di **portierato**, reception e presidio

varchi per le sedi di Poste Italiane S.p.A. e delle società del gruppo, suddiviso in cinque lotti non cumulabili, allegando la circostanza relativa all'intervenuta partecipazione alla procedura.

La stazione appaltante ha depositato (nella medesima data del 20 gennaio 2021) i provvedimenti di aggiudicazione di ciascun lotto (in favore di imprese non coincidenti con l'odierna ricorrente) e gli estratti dei relativi accordi quadro oggetto di stipula.

4.2. Nella memoria depositata il 25 gennaio 2021, la società ricorrente ha dichiarato la permanenza dell'interesse a ricorrere, chiedendo espressamente che *“comunque venga accertata e dichiarata – ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. – la illegittimità degli atti impugnati, sussistendone interesse ai fini risarcitori”*.

Al riguardo ha dedotto di aver subito un pregiudizio quantomeno sotto il profilo della perdita di chances di risultare aggiudicataria alla luce delle diverse condizioni di gara stabilite nella nuova procedura indetta nel 2019, assumendo che tali possibilità sarebbero risultate fortemente ridimensionate (rispetto a quelle prospettabili in relazione all'originaria procedura indetta nel 2017) per effetto dei nuovi criteri di valutazione dell'offerta tecnica adottati (che non avrebbero consentito alla ricorrente di poter redigere un progetto tecnico effettivamente concorrenziale) e anche per le diverse e maggiori dimensioni dei lotti (che mal si sarebbero attagliate all'organizzazione aziendale dell'impresa).

5. A fronte dell'intervenuta rimozione in autotutela degli atti oggetto di gravame (e della conseguente perdita di interesse al relativo annullamento), occorre quindi verificare se sussistano i presupposti per proseguire il giudizio limitatamente all'accertamento – invocato da parte ricorrente – delle asserite illegittimità ai fini risarcitori, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 34, comma 3, cod. proc. amm.

5.1. Alla luce del costante giurisprudenziale in tema di interesse al ricorso, *“la dichiarazione di improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto di interesse può essere pronunciata al verificarsi di una situazione di fatto o di diritto del tutto nuova e sostitutiva*

rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza per essere venuta meno, per il ricorrente, qualsiasi utilità, anche solo strumentale o morale comunque residua, della pronuncia del giudice. In questa prospettiva l'interesse permane ove la parte possa pretendere il risarcimento del pregiudizio patrimoniale sofferto in conseguenza della determinazione giudicata illegittima” (in tal senso, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, sent. 28 dicembre 2018, n. 1214).

Ciò premesso, il Collegio ritiene di aderire al recente orientamento giurisprudenziale in base al quale condizione necessaria per l'ammissibilità della domanda ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. è l'esplicita istanza di parte ricorrente ovvero, secondo un determinato indirizzo interpretativo (cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 22 ottobre 2019, n. 7195), quantomeno una inequivoca manifestazione di interesse in tal senso nell'ambito del ricorso introduttivo o in corso di giudizio, non apparendo a tal fine sufficiente la semplice e generica indicazione della parte (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 17 gennaio 2020, n. 418; Cons. Stato, sez. III, sent. 29 gennaio 2020, n. 736).

Ciò posto, in linea con l'orientamento giurisprudenziale maturato in materia si ritiene che debba verificarsi la sussistenza di un interesse specifico e concreto – al quale l'articolo 34, comma 3, cod. proc. amm. subordina l'accertamento della illegittimità dell'atto impugnato – (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 27 marzo 2020, n. 3677), incombendo sulla parte l'onere di allegare compiutamente gli elementi idonei a comprovare i presupposti dell'azione risarcitoria successiva, a partire dal danno asseritamente subito, posto alla base del dichiarato interesse (in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 3 dicembre 2019, n. 8283 e sent. 28 dicembre 2012, n. 6703).

6. Nel caso in esame, come già evidenziato il ricorrente si è limitato a richiedere espressamente, nell'ambito della memoria depositata in data 25 gennaio 2021, l'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti gravati ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., affermando la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori e sostenendo al riguardo che per

effetto delle diverse condizioni di gara fissate nell'ambito della nuova procedura indetta nel 2019 – alla quale la ricorrente stessa ha preso parte senza risultare aggiudicataria – avrebbe subito un pregiudizio quantomeno sotto il profilo della perdita di chances di aggiudicazione rispetto alle possibilità prospettabili in relazione all'originaria procedura del 2017 oggetto di gravame (e poi rimossa in via di autotutela), in ragione dei diversi criteri previsti per la valutazione dell'offerta tecnica e della differente ripartizione dei lotti.

Alla luce della riferita prospettazione di parte ricorrente, emerge il dato – ritenuto assorbente – rappresentato dalla mancata allegazione dei presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria, apparendo le deduzioni sul punto articolate dalla società ricorrente meramente ipotetiche e non supportate da elementi concreti, in primo luogo per quanto concerne la sussistenza del danno asseritamente subito per effetto delle prospettate illegittimità.

7. Ne deriva l'inammissibilità dell'istanza di accertamento ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. per la totale genericità della stessa, non potendo quindi configurarsi il dichiarato interesse ai fini risarcitori.

8. Ne discende l'improcedibilità del ricorso e del successivo atto di motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1, lettera c.), cod. proc. amm., destinata inevitabilmente a riflettersi sull'intervento ad *adiuvandum* (pur oggetto di una espressa dichiarazione in tal senso resa dall'interveniente).

9. Il Collegio ravvisa giusti motivi, in considerazione dell'esito meramente processuale della lite e alla luce delle incertezze sul piano interpretativo che hanno dato luogo alla richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio (incluse quelle relative al giudizio innanzi alla Corte di giustizia).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso integrato dall'atto di motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio (incluse quelle relative al giudizio innanzi alla Corte di giustizia).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere

Chiara Cavallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Chiara Cavallari

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO