

Publicato il 05/05/2021

N. 00387/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00582/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 582 del 2020, proposto da Itapol Vigilanza S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino, Francesco D'Amelio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Costanzi e Gabriella De Berardinis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (S.U.A.M.), non costituita in giudizio;

nei confronti

Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., Vigile Picena S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione

- del decreto n. 243 del 5.11.2020, comunicato a mezzo pec in pari data, con il quale la Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (S.U.A.M.) ha definitivamente aggiudicato il lotto n. 3 della “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e servizi correlati presso le amministrazioni del territorio della Regione Marche - N. Gara SIMOG 7715821” in favore del RTI Cosmopol S.p.A. – Vigile Picena S.r.l.;
- *in parte qua*, di tutti i verbali di gara, nella parte in cui è stata valutata valida la partecipazione del RTI Cosmopol S.p.A. – Vigile Picena S.r.l. e di Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. alla procedura di gara, con particolare riferimento ai verbali delle sedute di gara del 28.5.2020, 15.9.2020, e del 4.11.2020 nell’ambito dei quali si è dato atto della regolarità della documentazione amministrativa trasmessa dalle società controinteressate, nonché delle offerte economiche, con conseguente ammissione di queste ultime al prosieguo della procedura di gara;
- di ogni altro verbale e/o provvedimento, ancorché non conosciuto, volto a consentire la prosecuzione del RTI Cosmopol S.p.A. – Vigile Picena S.r.l. e della Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. nell’ambito della gara *de qua*;
- ove occorra, della *lex specialis* di gara nell’ipotesi che la stessa sia interpretata come volta a consentire la partecipazione ad un raggruppamento temporaneo di imprese privo di alcuna specifica qualificazione e, comunque, irregolare, avuto riferimento ai requisiti per la sua ammissibilità;
- del disciplinare di gara e dei modelli allegati nella misura in cui siano interpretati come volti a consentire l’irregolare indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale, nonché la presentazione di due domande di partecipazione in caso di partecipazione in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese;
- di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati;

- nonché, *ex* art. 116 c.p.a., della nota di riscontro del 30.11.2020 con la quale la Stazione Unica Appaltante della Regione Marche ha parzialmente osteso la documentazione richiesta e delle note del 2.12.2020 e del 7.12.2020 di espresso diniego all'accesso, nonché per la dichiarazione di inefficacia della convenzione sottoscritta tra la Stazione Unica Appaltante della Regione Marche e il RTI Cosmopol S.p.A. – Vigile Picena S.r.l. e dei relativi contratti di fornitura nelle more della conclusione del presente giudizio; nonché per la condanna della Stazione Unica Appaltante della Regione Marche, ai sensi dell'art. 124 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica ovvero, in via subordinata, per la condanna al risarcimento per equivalente del danno subito da Italpol Vigilanza S.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e di Cosmopol S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2021 il dott. Tommaso Capitanio e trattenuta la causa per la decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito in L. n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ditta ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Marche (S.U.A.M.) per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e attività connesse in favore della Regione e degli enti infraregionali che aderiscano alla convenzione-quadro. L'appalto era suddiviso in tre lotti e il presente giudizio riguarda in particolare il lotto n. 3.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche Itapol Vigilanza S.r.l. (di seguito solo "Itapol") si è collocata al terzo posto della graduatoria finale relativa al predetto lotto n. 3, preceduta dall'aggiudicatario r.t.i. Cosmopol-Vigile Picena e da Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. (di seguito solo "Vedetta 2").

2. Itapol contesta le risultanze della gara per i seguenti motivi:

a) nei riguardi del r.t.i. Cosmopol-Vigile Picena:

a.1.) violazione dell'art. 48, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7 del disciplinare, in quanto dalla domanda di partecipazione del r.t.i. non risulta che la mandante Vigile Picena S.r.l. svolgerà una o più delle prestazioni secondarie oggetto dell'appalto. Inoltre il r.t.i. ha ommesso di dichiarare quale è la forma del raggruppamento (se, cioè, si tratta di a.t.i. verticale, orizzontale o mista, benché tale indicazione fosse richiesta nel fac-simile di domanda predisposto dalla S.U.A.M.);

a.2.) errata indicazione del costo della manodopera e degli oneri per la sicurezza;

a.3.) irregolarità nella sottoscrizione della domanda di partecipazione (risultano inviate due distinte domande, una per la mandataria e una per la mandante, poi regolarizzate a seguito di attivazione del soccorso istruttorio). Risultano violati sia l'art. 48, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, sia le disposizioni del disciplinare che vietano la presentazione di offerte plurime;

b) nei riguardi di Vedetta 2:

b.1.) illegittimità dell'omessa esclusione del concorrente, il quale ha esposto un costo relativo agli oneri per la sicurezza inferiore ai minimi desumibili dalle tabelle ministeriali (€ 26.134,58 a fronte di un onere che, in base alle tabelle ministeriali riportanti il costo del lavoro, è stimabile in almeno € 27.750,00).

3. Si sono costituite in giudizio la Regione Marche e la controinteressata Cosmopol S.p.A., chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 5/2021 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare, mentre con la successiva ordinanza n. 69/2021 è stata sostanzialmente

dichiarata improcedibile l'istanza di accesso agli atti in corso di causa pure proposta dalla ricorrente ed è stata fissata per la trattazione del merito la pubblica udienza del 28 aprile 2021.

4. Il ricorso non è meritevole di accoglimento, per le ragioni che di seguito si esporranno.

5. Iniziando dalle censure che si appuntano nei riguardi del r.t.i. aggiudicatario, il Collegio osserva quanto segue.

5.1. Il primo motivo è infondato, atteso che:

- l'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, tanto per gli appalti di lavori, quanto per quelli relativi ai servizi e alle forniture, si limita a porre il principio generale secondo cui la capogruppo mandataria di un'a.t.i. deve possedere i requisiti tecnico-finanziari previsti dal bando in misura prevalente rispetto alle mandanti e ad imporre che, laddove le prestazioni siano ascrivibili a categorie diverse (lavori pubblici) o siano suddivise in principali e secondarie (servizi e forniture), la mandataria esegua le prestazioni di cui alla categoria prevalente o principale (se invece l'appalto consta di un'unica prestazione la capogruppo deve eseguirne una quota maggiore rispetto alle mandanti). Ma lo stesso art. 48 consente che *“I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale...”*, il che dà vita per l'appunto al raggruppamento temporaneo di tipo misto, il quale, secondo la giurisprudenza, si ha quando *“...in presenza di prestazioni complesse, le opere o i servizi della categoria prevalente o principale, o come nel caso di specie le i servizi secondari siano assunti in tutto o in parte orizzontalmente dalle imprese mandanti, secondo quanto previsto dall'art. 37, comma 6, cod. contratti pubblici, ferma restando l'assunzione dei servizi principali da parte della mandataria, almeno in parte...”* (Cons. Stato, nn. 4860/2018 e 3769/2015). Nella specie, inoltre, il disciplinare di gara non contiene alcuna specifica disposizione che vieti il r.t.i. di tipo misto e/o che imponga che le prestazioni principali siano eseguite per intero dalla mandataria e/o che vieti alla mandataria di eseguire le prestazioni secondarie;

- nel caso in esame, alla luce delle dichiarazioni rese da Cosmopol e da Vigile Picena, non vi è alcun dubbio circa le parti del servizio (*recte*, delle prestazioni principali) che saranno svolte, rispettivamente, dalla mandataria e dalla mandante;

- ancorché non sia stata barrata l'apposita casella presente nel modulo di domanda, non vi è nemmeno dubbio sul fatto che il r.t.i. Cosmopol-Vigile Picena è un raggruppamento misto, in cui mandante e mandataria eseguiranno *pro quota* le prestazioni principali, mentre la sola mandataria eseguirà le prestazioni c.d. secondarie (circa la possibilità per la stazione appaltante di desumere dal tenore della domanda la tipologia di r.t.i. a cui le imprese associate hanno inteso dare vita si veda sempre la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4860/2018).

Non si comprende dunque quale sia il *vulnus* che tale ripartizione delle prestazioni ha arrecato alla *ratio* ispiratrice delle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 che disciplinano la partecipazione dei raggruppamenti temporanei alle procedure ad evidenza pubblica.

5.2. Il secondo motivo, improntato ad un formalismo esasperato, è anch'esso infondato, in quanto l'errore redazionale commesso dal r.t.i. capeggiato da Cosmopol (consistente nell'aver invertito, nell'offerta economica, il costo della manodopera e gli oneri per la sicurezza) è plateale e percepibile *icto oculi*.

Infatti, i relativi importi (€ 2.619.452,25 per il costo della manodopera e € 34.026,66 per gli oneri della sicurezza) sono talmente differenti fra loro da non essere minimamente comparabili o confondibili, di talché trova applicazione il consolidato principio secondo cui in presenza di errori di tal genere ben può la commissione di gara ricostruire quale fosse l'oggettiva volontà del concorrente e rettificare l'offerta di conseguenza (*in terminis*, si vedano ad esempio Cons. Stato, n. 68/2021 e le altre sentenze conformi ivi richiamate).

5.3. Anche il terzo motivo è infondato.

In punto di fatto, è accaduto che Cosmopol e Vigile Picena hanno inviato due distinte domande di partecipazione. La stazione appaltante, avendo rilevato *per tabulas* che le due imprese intendevano partecipare in a.t.i. costituenda, le ha invitate a formalizzare tale volontà trasmettendo un'unica domanda di partecipazione sottoscritta da entrambe.

Come il Tribunale ha statuito nella recentissima sentenza n. 375/2021, un tale *modus operandi* è legittimo, in quanto il soccorso istruttorio è inibito, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, solo quando le omissioni dichiarative, seppure riferite a documenti diversi dall'offerta tecnica e a quella economica (che non sono invece suscettibili di regolarizzazione postuma), impediscano in radice di ricondurre la dichiarazione ad un determinato soggetto e/o di desumere in maniera inequivoca quale sia il contenuto della dichiarazione.

Premesso che il giudizio circa l'autosufficienza della dichiarazione carente è rimesso *in primis* al destinatario di quella dichiarazione (ossia alla stazione appaltante), nella specie non si può dubitare del fatto che le due imprese avessero manifestato, sia pure in maniera formalmente irregolare, la volontà di partecipare alla gara in a.t.i. fra loro, per cui si sarebbe al limite anche potuto prescindere dalla regolarizzazione (che però, per scrupolo, la S.U.A.M. ha voluto comunque richiedere).

Non è invece pertinente la sentenza del TAR Lazio n. 12406/2020, richiamata dalla ricorrente nella memoria difensiva del 12 aprile 2021, perché la stessa si riferisce alla mancata sottoscrizione, sia da parte della mandataria che della mandante, dell'offerta economica, mentre nella specie l'irregolarità concerneva la domanda di partecipazione (si veda pag. 13 del ricorso introduttivo, terzo motivo di ricorso, § 3.1.) e non anche l'offerta economica, che risultava sottoscritta in forma digitale sia dal legale rappresentante di Cosmopol che dal legale rappresentante di Vigile Picena (doc. allegato n. 16 al ricorso).

Ne consegue che non è stata violata nemmeno la clausola del disciplinare che vietava la presentazione di offerte (e non di domande di partecipazione) plurime.

6. Seppure il rigetto delle censure che si appuntano nei confronti del r.t.i. primo graduato renderebbe superflua la trattazione del motivo con cui si contesta la mancata esclusione di Vedetta 2, il Collegio ritiene di dover evidenziare come anche *in parte qua* il ricorso vada respinto, atteso che:

- in generale, lo scostamento fra l'importo degli oneri della sicurezza dichiarato da Vedetta 2 (€ 26.134,58) e quello risultante dai conteggi eseguiti dalla ricorrente (€ 27.750,00) è minimo e, peraltro, non è stato nemmeno provato che il maggior costo non trovi capienza in altre poste dell'offerta economica (la quale, peraltro, non essendo stata aggiudicataria, non è stata sottoposta a verifica di congruità). Trova pertanto applicazione il principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato nella recente sentenza n. 1571/2021, secondo cui “...i valori minimi degli oneri di sicurezza previsti nelle tabelle non rilevano in sé - non rientrando fra i minimi salariali di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, richiamato anche dall'art. 95, comma 10, e all'art. 23, comma 16 - ma pur sempre nel quadro della congruità degli stessi ai fini dell'apprezzamento di cui all'art. 97, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016...” (anche in quel caso, peraltro, il Consiglio di Stato ha valorizzato l'entità minima dello scostamento);

- sempre in generale, si deve dubitare del fatto che l'importo annuale minimo *pro capite* indicato nelle tabelle ministeriali (€ 370,00) non sia “ribassabile”, tenuto conto del fatto che le voci principali incluse nella nozione di “oneri per la sicurezza” sono anch'esse legate alle condizioni di mercato più o meno favorevoli di cui l'imprenditore può fruire (si veda sempre la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1571/2021). In effetti, in base all'esperienza del Tribunale, negli ultimi anni sono fiorite convenzioni per l'effettuazione di visite mediche e/o di corsi di aggiornamento sul D.Lgs. n. 81/2008, o per l'acquisto dei D.P.I., a costi via via inferiori. Se si pensa che le tabelle ministeriali allegate al ricorso risalgono al 2013 e che specie nell'ultimo anno

alcuni dei costi relativi agli oneri per la sicurezza sono ulteriormente calati in ragione del fatto che molti corsi di aggiornamento vengono svolti tramite i c.d. *webinar*, si deve ritenere che, laddove fosse sottoposto a verifica di anomalia, il concorrente potrebbe essere ammesso a provare quale sia il costo annuo effettivo *pro capite* che sostiene per la sicurezza dei lavoratori;

- peraltro, dalla lettura dell'offerta tecnica di Vedetta 2 (pag. 5 del documento allegato n. 13 al ricorso) emerge che parte ricorrente ha incluso fra i D.P.I. anche capi di vestiario e attrezzature delle guardie giurate che non si possono ricomprendere fra i dispositivi di cui parla il D.Lgs. n. 81/2008 (si pensi, ad esempio, al cappellino con logo aziendale oppure al maglioncino tattico o alla camicia a maniche corte, i quali sono normali capi di abbigliamento che fanno certamente parte della divisa ma che non sono D.P.I.).

Ma anche a voler prescindere da tutte queste considerazioni, ciò che rileva in senso dirimente è che in nessuna parte dell'offerta tecnica e dell'offerta economica Vedetta 2 ha dichiarato quale sia il numero di guardie giurate che impiegherà per l'esecuzione del servizio. In realtà, come correttamente ha eccepito la controinteressata, a questo riguardo gli unici dati che rilevano sono, da un lato il monte ore annuo complessivo previsto dalla S.U.A.M. quale fabbisogno minimo, dall'altro lato l'orario lavorativo annuale che, in base al c.c.n.l. di riferimento, ciascuna guardia giurata è tenuta a prestare.

Venendo al merito dell'eccezione formulata da Cosmopol, essa si fonda sui seguenti dati:

- dal documento allegato n. 20 al ricorso (elenco delle guardie giurate attualmente addette al servizio) risulta che con riguardo al lotto n. 3 gli addetti sono 25 (dislocati presso le Aree Vaste nn. 3, 4 e 5 dell'A.S.U.R. Marche);

- dal documento allegato n. 7 al deposito della Regione del 23 dicembre 2020 emerge che il fabbisogno complessivo in termini di ore lavorative per garantire il servizio presso le citate tre Aree Vaste dell'A.S.U.R. è di 48.895 ore (si veda la tabellina riepilogativa riportata alle pagg. 3 e 4 della memoria di Cosmopol del 12 aprile 2021);

- in base all'art. 26 del vigente c.c.n.l. di categoria, *“Per determinare l'effettiva consistenza numerica delle guardie giurate da impiegare nell'appalto e/o servizio, il numero degli addetti dovrà calcolarsi adottando un coefficiente annuo di riferimento, qui indicato ai soli fini di gestione della presente procedura, di 48 ore settimanali comprensive delle ore di straordinario, per 48 settimane”*. Ne consegue che ogni guardia giurata in un anno può svolgere 2.304 ore di lavoro;
- ne consegue ancora che, per coprire le 48.895 ore di servizio previsto, sono necessarie 21,22 guardie giurate.

Pertanto, aggiunge il Collegio, anche volendo considerare l'importo minimo *pro capite* previsto dalle tabelle ministeriali, il costo minimo relativo alla sicurezza che Vedetta 2 dovrebbe sostenere per tutto il triennio di vigenza del contratto è pari a € 23.554,00.

Né ovviamente è decisivo il fatto che attualmente il numero di addetti al servizio presso gli enti ricompresi nel lotto n. 3 è pari a 25, perché, come è noto (e come del resto prevede espressamente l'art. 24 del disciplinare di gara), la c.d. clausola sociale non impone all'appaltatore subentrante l'obbligo di riassorbire tutti i dipendenti dell'appaltatore uscente. Nella specie, peraltro, il disciplinare contiene una puntualizzazione ulteriore (non a caso riportata con carattere grassetto e che recita testualmente *“...È opportuno precisare che il predetto elenco è stato compilato in ragione della rilevazione del fabbisogno delle Amministrazioni pubbliche di riferimento per la Convenzione e determinato al meglio delle possibilità e conoscenze attuali: per tali ragioni, i dati relativi alle unità lavorative attualmente impiegate sono da considerarsi ricognitivi (ed in alcun modo impegnativi, né vincolanti)...”*), la quale conforta vieppiù il convincimento del Tribunale circa la reale portata della clausola sociale.

Naturalmente, con questo non si vuole negare che, di fatto, nel corso dell'esecuzione del contratto siano impiegati più addetti (intesi come persone fisiche) rispetto a quelli che sarebbero sufficienti alla luce del monte ore richiesto dal committente e dell'orario di lavoro delle guardie giurate, ciò essendo legato alle inevitabili sostituzioni dei dipendenti assenti per ferie,

malattia, etc. Ma, con riguardo agli addetti che vengono impiegati per le sostituzioni, i costi discendenti dal D.Lgs. n. 81/2008 vanno imputati solo *pro quota* al singolo appalto.

Tuttavia questo discorso è al momento puramente accademico, non essendo stata l'offerta di Vedetta 2 sottoposta a verifica di congruità.

7. Per quanto precede il ricorso va respinto, con riguardo a tutte le domande proposte.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo respinge;
- condanna la società ricorrente al pagamento in favore delle parti resistenti costituite delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 1.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna di esse.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 con l'intervento dei sottoindicati magistrati (collegati da remoto):

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO

