

Publicato il 02/03/2021

N. 00130/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00672/2020 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 la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 672 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ol Securpol S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Ballero, Stefano Ballero e Francesco Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Olbia, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabrina Serusi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Melis in Cagliari, via Carbonia 10;

nei confronti

- Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Paparella, Antonio Pagliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- Coopeservice Società Cooperativa per azioni, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di aggiudicazione 8 ottobre 2020, n. 4066, e di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali della *“Procedura aperta informatizzata, suddivisa in lotti, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, altri servizi e portierato di edifici e aree comunali” con CIG: 8328365038. Lotto 1: servizi di sorveglianza per l'annullamento*”, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto 1 alla Vedetta 2 Mondialpol S.p.A, e la seconda posizione in graduatoria alla Coopeservice Società Cooperativa per azioni; nonché:

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto ove stipulato e conseguente subentro nello stesso della ricorrente;

con i motivi aggiunti:

- del provvedimento del 10 novembre 2020, con cui si dispone di *“formalizzare il passaggio di consegne del servizio di vigilanza armata, nelle more della definizione dell'istanza cautelare promossa dalla soc. Ol Securpol s.r.l. contro il Comune di Olbia”*.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Olbia e della Vedetta 2 Mondialpol S.p.A.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Antonio Plaisant.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione a contrarre 15 giugno 2020, n. 2400, il Comune di Olbia aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95, comma 3, lett. a), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del servizio di vigilanza armata, altri servizi e portierato di edifici e aree comunali, suddiviso in due lotti, dei quali: - il Lotto 1, oggetto specifico del presente giudizio, relativo al *“Servizio di Vigilanza armata, altri servizi tramite guardie particolari giurate presso gli immobili ed*

aree dell'amministrazione", per un valore stimato di euro 618.309,00 e un monte ore di manodopera stimato in n. 9.270 annuali; - il Lotto 2 relativo al "Servizio di portierato/reception presso gli immobili dell'amministrazione" CIG.8328457C20 per il valore presunto di euro 222.518,50".

All'esito delle operazioni valutative è risultata prima in graduatoria, su entrambi i lotti, Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. con punti 89,26 (di cui 63,10 per l'offerta tecnica e 26,16 per quella economica, sulla base di un ribasso del 21,62%), mentre al secondo posto è stata collocata Coopservice Società Cooperativa per azioni con punti 87,70 (di cui 61,40 per l'offerta tecnica e 26,30 per quella economica, sulla base di un ribasso del 21,74%) e al terzo posto Ol Securpol S.r.l. con punti 84,70 (di cui 54,70 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica, sulla base di un ribasso del 24,79%).

Con nota 21 agosto 2020, n. 80715, il Responsabile Unico del Procedimento, preso atto che la prima in graduatoria Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. aveva ottenuto punteggi, sia per l'offerta tecnica che per quella economica, superiori ai 4/5 dei massimi stabiliti dalla *lex specialis* di gara, ha avviato il procedimento di verifica dell'anomalia, assegnando termine all'interessata per l'invio delle relative giustificazioni, poi tempestivamente trasmesse in data 4 settembre 2020.

Acquisito il parere di un consulente del lavoro sulla congruità del costo orario della manodopera indicato in offerta, nonché ulteriori chiarimenti dall'impresa interessata, con nota del 29 settembre 2020 il RUP ha invitato quest'ultima a "rimodulare" -pur lasciando immutata la struttura fondamentale dell'offerta- il costo della manodopera, al fine di tenere conto delle progressioni di livello dei dipendenti, nonché a precisare il "divisore" utilizzato e giustificare con più analiticità gli indicati costi della manodopera.

Con nota 1 ottobre 2020 Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. ha trasmesso i relativi chiarimenti, che la Commissione di gara ha esaminato nella seduta del 5 ottobre 2020, ritenendo, all'esito, complessivamente congrua la sua offerta, evidenziando in motivazione (qui in sintesi) che: - l'interessata aveva

correttamente “rimodulato” il costo della manodopera tenendo conto delle progressioni di livello dei dipendenti; - all’esito di tale operazione, nonché sulla base del “divisore” convenzionale applicato, emergeva un discostamento minimo dai valori indicati nelle tabelle ministeriali; - questi ultimi costituiscono, comunque, un mero riferimento di massima per l’operatore economico; - permaneva, comunque, un utile di impresa vicino al 2%.

Su tali presupposti la Commissione ha proposto l’aggiudicazione del servizio alla Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., che è stata, poi, adottata con determinazione dirigenziale 8 ottobre 2020, n. 4066, divenuta definitiva il 9 ottobre 2020, al prezzo annuale (per il Lotto 1) di euro 205.002,40.

Con l’atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 10 novembre 2020, OL Securpol S.r.l., terza classificata, ha chiesto, limitatamente al Lotto 1, l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione, nonché di tutti gli atti presupposti del procedimento nella parte in cui è stata collocata al primo posto della graduatoria Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. e al secondo posto della graduatoria Coopeservice, Società Cooperativa per azioni; inoltre ha chiesto dichiararsi l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il proprio subentro in luogo della controinteressata.

Il ricorso è stato affidato a contestazioni inerenti agli esiti della procedura di verifica di congruità dell’offerta economica presentata dall’aggiudicataria Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., nonché ai punteggi attribuiti alla stessa sull’offerta tecnica.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Olbia e la controinteressata Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., entrambi contestando, sotto diversi, profili, la fondatezza e ammissibilità del ricorso.

Con motivi aggiunti notificati l’11 novembre 2020, la ricorrente ha esteso l’impugnativa alla sopravvenuta determinazione dirigenziale 10 novembre 2020, con cui il Comune di Olbia aveva, nel frattempo, statuito di *“formalizzare il passaggio di consegne del servizio di vigilanza armata, nelle more della definizione dell’istanza cautelare promossa dalla soc. Ol Securpol s.r.l. contro il Comune di Olbia”*.

Con decreto monocratico 12 novembre 2020, n. 420, il Presidente di questa Sezione ha accolto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente in relazione al *periculum in mora*, fissando per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 25 novembre 2020, all'esito della quale, con ordinanza 26 novembre 2020, n. 449, la Sezione ha respinto la domanda cautelare per rilevata carenza di *fumus boni iuris* e tale ordinanza è stata, infine, confermata dal Consiglio con ordinanza n. 7205/2020.

In data 1 febbraio 2021 è stato stipulato il contratto di appalto tra Comune di Olbia e Vedetta 2 Mondialpol S.p.A.

È seguito il deposito di ulteriori memorie difensive con cui le parti hanno ribadito le rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione nel merito.

DIRITTO

Merita, in apice, accoglimento l'eccezione di inammissibilità dell'intero ricorso sollevata da entrambe le avverse difese.

Al riguardo deve premettersi che la ricorrente, terza nella graduatoria finale di gara, contesta la mancata esclusione sia della prima che della seconda classificata per incongruità delle loro offerte economiche.

Tuttavia il procedimento di verifica di congruità dell'offerta era stato attivato dalla stazione appaltante soltanto nei confronti della prima graduata e non anche della seconda, avendo l'esito positivo delle verifiche consentito di aggiudicare il servizio alla prima; in tale contesto, dunque, le contestazioni mosse dalla ricorrente circa la pretesa incongruità dell'offerta della seconda classificata si appuntano su un potere non ancora esercitato dall'Amministrazione resistente, il che, secondo quanto, in generale, previsto dall'art. 34, comma 2, del c.p.a., dovrebbe comportarne l'inammissibilità, da estendersi anche alla richiesta di esclusione dalla gara della prima classificata non avendo la ricorrente, a quel punto, alcun concreto interesse a ottenere la

relativa pronuncia, che di per sé non le consentirebbe di aggiudicarsi l'appalto perché ancora preceduta dalla seconda classificata.

È noto al Collegio l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“la collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore”* (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 febbraio 2014, n. 8).

Tuttavia la giurisprudenza ha, altresì, precisato che un'impugnazione prospettata in questi termini può considerarsi ammissibile -prima di tutto in punto di interesse a ricorrere- solo ove l'impresa terza classificata che la propone vi ricollegli un risultato utile che possa *“derivare, in via immediata e secondo criteri di regolarità causale, dall'accoglimento del ricorso e non già, in via mediata, da eventi incerti e potenziali quali l'esito negativo di una verifica di anomalia”* sull'offerta della seconda graduata, la quale, invero, rappresenta *“una mera eventualità, di modo che l'esclusione per tale ragione dell'offerta della seconda graduata non rappresenta dal punto di vista giuridico formale una normale ed immediata conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione originaria della prima graduata”* (così, da ultimo, TAR Parma, che richiama Consiglio di Stato nn. 1941/2012, 587/2007, 4871/2015, 4209/2015, 1927/2014, nonché TAR Veneto n. 180/2019, TAR Catania n. 421/2017 e TAR Lazio, Roma, n. 4332/2019).

È esattamente ciò che si riscontra nel caso ora in esame, ove una verifica di congruità nei confronti della seconda classificata neppure è stata ipotizzata dalla stazione appaltante e, soprattutto, la ricorrente ha dedotto in termini del tutto generici i vizi che ne inficerebbero l'offerta (la relativa prospettazione si riduce sostanzialmente alle poche righe inserite nella tabella di cui a pag. 3 del ricorso); inoltre la ricorrente aveva proposto, a sua volta, un ribasso addirittura superiore a quello sia della prima che della seconda classificata, circostanza obiettivamente significativa dell'inattendibilità delle sue

prospettazioni; su questo specifico punto è opportuno precisare che, se, per un verso, un'ipotetica incongruità dell'offerta di parte ricorrente dovrebbe essere correttamente stigmatizzata dalla stazione appaltante in sede di autotutela sugli atti di gara ovvero dalla controinteressata mediante la proposizione di un ricorso incidentale, per altro verso, il fatto stesso che la ricorrente abbia offerto un prezzo addirittura inferiore a quello delle concorrenti rende intrinsecamente “meno attendibile” la sua contestazione - comunque assai generica, come detto- nei confronti delle loro offerte, il che conferma l'insussistenza dei “requisiti minimi” sopra descritti affinché l'iniziativa giurisdizionale della terza classificata possa considerarsi ammissibile (vedi *supra*).

Ciò premesso, a fini di maggiore completezza della risposta giurisdizionale, si procederà, comunque, a una sintetica disamina nel merito dei motivi di ricorso, che ne evidenzia l'infondatezza.

Non merita accoglimento il primo motivo, con cui la ricorrente stigmatizza la poca chiarezza dell'offerta della controinteressata e l'incongruenza tra il costo orario della manodopera nella stessa indicato e le tabelle ministeriali di riferimento, anche alla luce delle progressioni di carriera dei dipendenti.

È dirimente osservare, al riguardo, come il ricorso introduttivo non tenga conto della “rimodulazione” del costo orario effettuata dalla controinteressata nel corso dell'istruttoria procedimentale con nota del 2 ottobre 2020, ove la stessa aveva indicato, tenendo conto anche delle progressioni di livello dei propri dipendenti, il costo medio orario, i costi generali e il “divisore” applicato, evidenziando, all'esito, uno scostamento finale dai valori delle tabelle ministeriali, obiettivamente marginale, di euro 1.162,05.

Su tali presupposti è pienamente condivisibile la decisione finale della stazione appaltante di ritenere congrua l'offerta sulla scorta dell'ormai costante interpretazione giurisprudenziale, anche di questo Tribunale, secondo cui le tabelle ministeriali rappresentano soltanto dei riferimenti di massima non vincolanti (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 settembre 2020, n. 5483

e TAR Sardegna, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 200), con la conseguenza che il discostamento dalle stesse non implica necessariamente incongruità dell'offerta, ben potendo un costo orario inferiore trovare giustificazione nel monte ore annue mediamente lavorate, che può risultare superiore a quello presuntivamente considerato dalle tabelle alla luce di ferie, festività e altre assenze giustificate, giustificando un'incidenza di costo inferiore delle singole unità lavorative: nel caso di specie la controinteressata ha documentato, sulla scorta dei dati storici ufficiali dell'ultimo anno di riferimento, proprio una situazione di questo genere, quantificando in 118 (invece che 130 come da tabelle ministeriali) le ore annue mediamente non lavorate dai propri dipendenti (cfr. doc. 13, pagg. 25-257 e pagg. 258-264, versato in atti dalla difesa della controinteressata), con la conseguenza che il c.d. "divisore" (valore matematico espressivo della produttività effettiva del personale utilizzato) è risultato più elevato rispetto a quello su cui presuntivamente si basano le tabelle ministeriali (1752 ore annue complessive, comprese le ore straordinarie per coprire il servizio, a fronte delle 1578 risultanti dalle tabelle) e che, pertanto, la stessa controinteressata ha potuto legittimamente esibire un costo del lavoro medio inferiore rispetto a quello emergente, sempre in termini presuntivi, dalle medesime tabelle.

Tali conclusioni hanno trovato conforto nei riscontri effettuati dal consulente del lavoro incaricato nel corso del procedimento (si veda la relazione finale prodotta quale doc. 13), per cui la stazione appaltante ha potuto concludere, *causa cognita*, che *"nella rimodulazione del costo della manodopera applicando il passaggio di livello ed utilizzando il divisore convenzionale della ditta, quest'ultima ha giustificato il rispetto della tabella ministeriale del 21.03.2016 motivando inoltre il leggero discostamento dal divisore "ore annue mediamente lavorate" indicato nella medesima tabella"* (cfr. verbale n. 13 del 05.10.2020), esprimendo, in tal modo, una valutazione tecnico-discrezionale che nella presente sede non può essere confutata in assenza di travisamenti di fatto e errori o illogicità evidenti (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690).

Tanto più se si considera che i valori retributivi conclusivamente indicati dalla controinteressata sono risultati perfettamente conformi ai minimi prescritti dalla contrattazione collettiva di settore (CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari CGL, CISL, ASSIV), il che di per sé giustifica la decisione finale della stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, 28 febbraio 2019, n. 1409, secondo cui *“E' illegittima la determinazione della stazione appaltante che non ha proceduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta prima classificata in quanto ha ritenuto che il costo della manodopera indicato in offerta non rispettasse i minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle formulate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ai sensi dell'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora emerga che la stessa... ha applicato il Contratto Nazionale Lavoratori...”*).

Né, infine, supera il vaglio di ammissibilità l'ulteriore doglianza della ricorrente secondo cui la descritta “rimodulazione” dei costi operata dall'aggiudicataria rappresenterebbe una non consentita modifica dell'offerta; tale censura, infatti, come puntualmente osservano le avverse difese, risulta inammissibile e tardiva perché dedotta -non già nell'atto introduttivo, bensì- nel corso del giudizio con semplici memorie difensive.

In ogni caso detta censura è anche infondata, non essendovi ragioni per discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui non integrano alcuna vietata modifica dell'offerta le mere precisazioni e “rimodulazioni” di dati contenuti nell'offerta sottoposta a verifica di congruità -purché senza alterarne i presupposti di fatto originari, come avvenuto nel caso in esame- operate dall'impresa interessata al fine di dare riscontro a precise richieste di chiarimenti dell'amministrazione procedente (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, secondo cui *“a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto; l'amministrazione ha l'obbligo di valutare la*

complessiva attendibilità dell'offerta consentendo eventuali compensazioni tra sovrastime e sottostime, anche qualora le stesse riguardino il costo della manodopera’).

Ugualmente privo di pregio è il secondo motivo, con cui la ricorrente contesta alcuni punteggi attribuiti alla controinteressata per il merito tecnico della sua offerta, esattamente in relazione ai criteri nn. 1 (*“Struttura organizzativa che si intende impiegare per un servizio efficiente ed efficace”*), 6 (*“Caratteristiche/profilo del referente del contratto”*), 8 (*“Modalità di gestione delle risorse per favorire la continuità del servizio”*), 14 (*“Offerta di servizi di vigilanza innovativi”*) e 15 (*“Dotazioni aggiuntive”*).

Tali censure sono inammissibili perché si sostanziano in un’indebita “sostituzione” di valutazioni proprie a quelle espresse dalla stazione appaltante, le quali sono espressive di discrezionalità tecnica e, come tali, sindacabili solo per travisamenti di fatto e illogicità evidenti, nel caso specifico non identificabili e neppure chiaramente prospettate da Ol Securpol S.r.l.

Sono, infine, infondati i rilievi relative ad alcune pretese lacune motivazionali che inficerebbero i medesimi giudizi, avendo la Commissione espresso le relative valutazioni sulla base di criteri prestabiliti dalla *lex specialis* di gara in termini piuttosto precisi, il che, unitamente alle motivazioni ulteriori della Commissione, consente di rintracciare il percorso logico seguito.

Pertanto, alla luce di quanto sin qui esposto, il ricorso è inammissibile (oltre che infondato), al pari dei motivi aggiunti, avendo gli stessi a oggetto un atto meramente esecutivo dei provvedimenti originariamente impugnati.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe proposto.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, liquidate in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre agli accessori di legge, in favore sia del Comune di Olbia sia di Vedetta 2 Mondialpol S.p.A.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020, e dall'art. 4 del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Francesco Scano

IL SEGRETARIO