

Pubblicato il 17/02/2021

N. 01041/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02544/2020 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2544 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sicuritalia Ivri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Iovane, Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 106 - Napoli 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Pagano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Palizzi 113;

nei confronti

Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Melisurgo n. 4;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determina n. 1483 del 16 giugno 2020– resa nota il successivo 23 giugno 2020 - con la quale il direttore dell'UOC Acquisizione Beni e Servizi ed Economato dell'ASL Napoli 1 Centro ha disposto l'aggiudicazione all'odierna controinteressata del lotto n. 1 della procedura indetta dallo stesso Ente “per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, videosorveglianza, custodia - portierato ed assistenza al pubblico presso le sedi della ASL Napoli 1 Centro”;

di tutti i verbali di gara riportanti, per i singoli criteri di valutazione indicati nella lex specialis, i punteggi di volta in volta assegnati a ciascuna delle offerte tecniche presentate per il lotto n. 1;

della nota prot. n. P1028814-20 del 7/7/2020, con la quale la Stazione Appaltante – recependo acriticamente il diniego formulato dalla Società Security Sistem srl – ha negato all'odierna ricorrente l'accesso alle giustificazioni sulla congruità dell'offerta della stessa controinteressata ed ha limitato a due sole pagine l'accesso alla sua offerta tecnica;

delle note del 14 e 17 luglio 2020 con le quali l'Ente – pur a fronte dei solleciti e delle diffide ricevute – ha tenuto fermo il suo diniego all'esibizione dei verbali recanti l'assegnazione dei punteggi tecnici del lotto 1, nonché dell'offerta tecnica e dei giustificativi di gara della Società Security Service srl;

di ogni altro atto e/o provvedimento connesso e consequenziale e per la condanna dell'ASL all'esibizione ex art. 116 Cod. Proc. Amm. della documentazione richiesta dalla SICURITALIA IVRI in data 17/6/2020 consistente nei verbali recanti l'assegnazione dei punteggi tecnici del lotto 1, nonché dell'offerta tecnica e dei giustificativi di gara della Società Security Service.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SICURITALIA IVRI S.P.A. il 30\10\2020,

per l'annullamento:

della determina n. 1483 del 16 giugno 2020– resa nota il successivo 23 giugno 2020 - con la quale il direttore dell'UOC Acquisizione Beni e Servizi ed Economato dell'ASL Napoli 1 Centro ha disposto l'aggiudicazione all'odierna controinteressata del lotto n. 1 della procedura indetta dallo stesso Ente “per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, videosorveglianza, custodia - portierato ed assistenza al pubblico presso le sedi della ASL Napoli 1 Centro”;degli stessi atti già impugnati con il ricorso principale.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Security service s.r.l., per l'annullamento:

dei verbali di gara della ASL Napoli 1 relativi alla procedura in questione a mezzo dei quali si è disposta l'ammissione della società Sicuritalia e la si è mantenuta in graduatoria finale di cui alla determina dirigenziale n. 1483 del 16.6.2020 di approvazione della medesima per la parte in cui non dispongono l'esclusione della società;

del silenzio serbato dalla Asl Napoli 1 centro sulla lettera diffida della società ricorrente incidentale trasmessa a mezzo pec del 31.7.2020 di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 106 - Napoli 1 e di Security Service S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Security Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 2 febbraio 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft teams, la dott.ssa Maria Abbruzzese e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Sicuritalia Ivri S.p.A. (di seguito, solo Sicuritalia) ha impugnato gli atti in epigrafe individuati recanti aggiudicazione in favore di Security

Service s.p.a. (di seguito, solo Security) della gara relativa all'affidamento dei servizi di vigilanza armata, videosorveglianza, custodia, portierato ed assistenza al pubblico presso le sedi della ASL Napoli 1 Centro (lotto n. 1).

Sicuritalia ha dapprima proposto un ricorso "al buio", munito di istanza cautelare respinta con Ordinanza n. 3743 dell'8 settembre 2020, e poi, all'esito di accesso, consentito a seguito dell'Ordinanza collegiale n. 3997 del 22 settembre 2020, motivi aggiunti, riferiti (quanto al primo motivo) alla pretesa erronea ritenuta congruità, in sede di verifica di anomalia, dell'offerta economica della controinteressata Security, con riguardo specifico, tra l'altro, al costo del lavoro, quantificato inferiore alle tabelle ministeriali per i profili di riferimento, e, in subordine (quanto al secondo e terzo motivo), alla prospettata illegittimità dell'intera procedura con riferimento alla fase di valutazione delle offerte tecniche, nel corso della quale sarebbero stati indebitamente modificati i criteri contenuti nel bando (secondo motivo) e assegnati, in sede di valutazione, prima i punteggi tabellari e poi quelli discrezionali (terzo motivo); concludeva, quindi, per l'accoglimento del ricorso con l'annullamento della disposta aggiudicazione e il subentro di essa ricorrente, in caso di accoglimento del primo motivo, ovvero, in subordine, per la riedizione della gara, in caso di accoglimento del secondo e/o terzo motivo.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata Security, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato; Security spiegava, inoltre, ricorso incidentale escludente (leggibile solo nella parte "notifiche" del fascicolo digitale, laddove il "ricorso incidentale", tale denominato, depositato in data 3 settembre 2020, è una mera memoria di costituzione), rilevando che la ricorrente aveva ommesso di dichiarare, in sede di offerta, l'esistenza a suo carico di una sanzione per illecito concorrenziale irrogata dall'AGCOM, neppure fornendo adeguate spiegazioni a seguito di intercorso soccorso istruttorio sul punto.

Le parti depositavano memorie e documentazione.

All'esito dell'udienza del 2 febbraio 2021, tenuta da remoto nel rispetto delle vigenti disposizioni processuali emergenziali di cui all'art. 25 D.L. 137/2020 e al D.P.CdS. 28 dicembre 2020, il collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

Sono contestati, dalla ricorrente principale Sicuritalia, gli esiti della gara per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, videosorveglianza, custodia, portierato ed assistenza al pubblico presso le sedi della ASL Napoli 1 Centro (lotto n.1), aggiudicata alla controinteressata Security.

Quest'ultima ha spiegato ricorso incidentale "escludente", in tesi volto a elidere l'interesse della ricorrente principale, ove se ne verificasse la doverosa esclusione dalla gara, a contestarne gli esiti.

Prospetta, al riguardo, la ricorrente incidentale che Sicuritalia avrebbe dovuto dichiarare, a termini dell'art. 80 D.lgs. 50/2016, la sussistenza a suo carico di un illecito anticoncorrenziale sanzionato dall'AGCOM, e tale omessa dichiarazione ridonderebbe in causa di esclusione dalla gara.

Osserva al riguardo il Collegio che, come da ultimo autorevolmente statuito dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, l'omessa dichiarazione relativa ad accertato illecito anticoncorrenziale non costituisce ex se causa di esclusione ma, ove fatto constare l'episodio in tesi inficiante la moralità professionale e incidente sulla complessiva affidabilità del concorrente, onera l'Amministrazione della debita valutazione dello stesso, potendo pervenire, solo all'esito di tale doverosa valutazione e non in assenza di essa, all'esclusione dell'offerente.

Occorre, cioè, che l'Amministrazione prenda precisa posizione in ordine alle circostanze che possano condurre all'esclusione dalla gara, e che dunque, a seconda dei casi, ex art. 80, lett. c), d.lgs. cit., "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", ovvero, ex art. 80, lett. c-bis, d.lgs. cit., che "l'operatore economico ... abbia omesso le

informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”, non potendone in ogni caso farsi derivare la “automatica” esclusione del concorrente in tesi “colpevole di gravi illeciti professionali”, essendo necessaria, a carico dell’Amministrazione, la “dimostrazione con mezzi adeguati”, la qualificazione di “grave illecito professionale” ovvero, comunque, la valutazione di rilevanza delle informazioni omesse (“ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”).

L’omissione dichiarativa, in particolare, può rilevare solo ove possa predicarsene l’attitudine decettiva”, ossia la idoneità a sviare l’Amministrazione nell’adozione di provvedimenti concernenti la procedura di gara; tanto implica che, comunque, la P.A. appaltante è tenuta a fare una previa valutazione discrezionale dell’effettiva incidenza della falsità o della omissione sull’affidabilità dell’operatore, essendole per contro impedito di procedere alla esclusione sic et simpliciter per il solo fatto della non aderenza al vero o della omissione della dichiarazione fornita e in tesi necessaria.

La valutazione è peraltro ampiamente discrezionale e complessa, posto che la stazione appaltante, in via meramente esemplificativa, dovrà stabilire se l’informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni, se il comportamento tenuto dell’operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità; dovrà poi stabilire allo stesso scopo se quest’ultima ha ommesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previsti dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché in grado di incidere sul giudizio di integrità e affidabilità; tutte valutazioni alla cui mancanza non può ovviare il giudice amministrativo, con riguardo all’esclusione della giurisdizione di merito e al divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ex art. 34 comma 4 c.p.a., che impediscono che l’Autorità giurisdizionale si sostituisca alla stazione appaltante nella valutazione dell’affidabilità dell’operatore economico. (cfr. Cons. di Stato, n. 7865/2020).

Il motivo sollevato dal ricorrente incidentale non si traduce dunque in automatica causa di esclusione, ma, ove ritenuto fondato, comporterebbe l'obbligo per l'Amministrazione di rieditare una fase procedimentale omessa.

E' dunque evidente che il ricorso incidentale non è automaticamente "escludente" ma potrebbe esserlo solo all'esito di tale attività procedimentale.

Tale considerazione induce a qualificare il ricorso incidentale solo "condizionato" all'esito del ricorso principale, essendo evidente che la controinteressata, ove fosse confermata l'aggiudicazione in suo favore, non avrebbe alcun interesse a che l'Amministrazione rivaluti la posizione in gara della ricorrente principale, ai fini della sua (eventuale) esclusione.

Tanto conduce alla necessaria postergazione del relativo esame all'esito della disamina del ricorso principale e dei relativi motivi aggiunti.

Il ricorso principale, proposto al buio, senza specifica indicazione di motivi e, comunque, in assenza di qualsiasi specificazione degli stessi, è, in quanto tale, inammissibile.

Il primo motivo contenuto nei motivi aggiunti depositati in data 30 ottobre 2020 (rubricato "Violazione dell'art. 97, commi 5 e 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Violazione e falsa applicazione della lex specialis – eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione., difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto") si appunta sulla pretesa incongruità, non rilevata in sede di verifica di anomalia, dell'offerta economica della controinteressata che, pur assicurando, in osservanza della "clausola sociale", l'integrale mantenimento in servizio del personale già impiegato nel servizio, comprensivo di molte unità comprese in livelli stipendiali elevati, ha previsto un costo medio orario pari ad euro 18,26, a fronte, secondo la prospettazione di parte ricorrente, di un costo medio orario quantificato, dalla stazione appaltante, in euro 23 (base d'asta).

Va anzitutto precisato, sulla base di quanto sul punto chiarito dalla difesa della Stazione appaltante, che il costo di euro 23/h non individua affatto il costo della manodopera come derivante dall'applicazione delle tabelle ministeriali

sul costo del lavoro, ma è valore indicato come base d'asta e come tale comprensivo della manodopera, degli oneri per la sicurezza, di costi generali, dei costi per le migliorie e del margine di utile, laddove, alla stregua delle vigenti tabelle ministeriali, per una guardia particolare giurata, di livello VI, con due scatti di anzianità (figura media dell'organico presente nell'appalto), viene individuato un costo pari a euro 18,27/h al netto degli oneri suddetti; il costo orario identificato dalla controinteressata è allora in linea con i parametri desumibili proprio dalle tabelle ministeriali.

Ne discende dunque la genericità della censura, che non spiega affatto perché sia inattendibile l'offerta economica, di cui non è affatto dimostrata l'incapienza rispetto alle tabelle ministeriali (per quanto osservato dalle difese resistente e controinteressata) e neppure rispetto ai minimi salariali rapportati ai contratti di settore di cui si è indicata l'applicazione (CCNL del settore vigilanza privata e servizi fiduciari).

Del resto, l'offerta, nella sede deputata alla effettuata verifica di anomalia, è stata ritenuta complessivamente giustificata con valutazione non palesemente irragionevole o immotivata, proprio tenuto conto del fatto che il dato sul quale Sicuritalia fonda la propria contestazione, ossia il costo medio orario inferiore a quello indicato dalla stazione appaltante in sede di base d'asta, non è di per sé significativo della prospettata anomalia.

In ogni caso, il Collegio deve osservare, in linea con la consolidata giurisprudenza sul punto, che le richiamate tabelle ministeriali hanno solo valore statistico e rappresentano un indice per attivare la verifica di anomalia (nella specie regolarmente effettuata) ma non costituiscono affatto il parametro obbligato di quantificazione del costo del lavoro, dal quale invece la singola impresa ben può discostarsi fornendo adeguate giustificazioni, sulla base del contratto di lavoro effettivamente applicato, in ordine all'osservanza di minimi salariali imposti dalla contrattazione collettiva pertinente.

A non diversa conclusione deve pervenirsi quanto all'ulteriore contestazione mossa al giudizio di non anomalia appuntata sulla fornitura e posa in opera di

dispositivi di sicurezza di una centrale operativa dedicata, di sistemi di allarme con geolocalizzazione, di 3 pulmini per il personale sanitario, di 5 veicoli dedicati alla commessa per le guardie giurate, telecamere e impianti di registrazione, per i quali i giustificativi di Security fanno riferimento ad un costo complessivo di euro 510.777,00, ma anche alle dotazione tecnologiche di cui disporrebbe la Securtrak s.r.l. “azienda altamente specializzata nella progettazione ed installazione di sistemi integrati per la sicurezza, controllata al 100% della società mandante”, non senza evidenziare, da parte della ricorrente, che Security ha partecipato non già in raggruppamento con altra azienda, ma da sola e non potrebbe quindi utilizzare tecnologie e forniture imputate ad altra società, non subappaltatrice né ad altro titolo partecipante alla gara.

Nondimeno, la ricorrente principale si limita ad enunciare la pretesa incongruità dell'importo offerto in relazione alle dette voci di costo, senza, al riguardo, offrire il ben che minimo argomento che militi a sostegno della detta incongruità.

Inoltre, nei giustificativi in sede di verifica dell'anomalia, la controinteressata ha evidenziato, con deduzione non palesemente illogica, che i servizi aggiuntivi offerti erano già nella sua disponibilità (perché riferiti a tecnologia, mezzi e dotazioni nel possesso e in proprietà della stessa), mentre la Securtrak, società controllata al 100%, si sarebbe limitata all'installazione e messa in funzione del materiale ed attrezzature offerte, il che renderebbe ragionevole e non palesemente immotivata la valutazione di non anomalia operata dalla stazione appaltante.

Il motivo è dunque infondato.

In subordine, la ricorrente principale prospetta l'illegittimità delle operazioni relative alla valutazione delle offerte tecniche, ai fini della riedizione delle operazioni di gara.

Sotto un primo profilo (secondo motivo aggiunto, rubricato “Violazione dell'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – Violazione della

lex specialis della procedura – violazione dei principi generali in tema di gare pubbliche - Violazione dei principi di trasparenza, legalità, buon andamento, imparzialità e trasparenza – Eccesso di potere”), la commissione avrebbe introdotto o modificato criteri non contenuti nel bando, sotto un secondo profilo (terzo motivo aggiunto) avrebbe indebitamente attribuito prima i punteggi tabellari e poi quelli discrezionali, allorché i primi erano già stati assegnati.

Entrambe le doglianze non hanno pregio.

Il secondo motivo aggiunto è infondato anzitutto in fatto, perché la commissione non ha affatto introdotto criteri diversi e ulteriori rispetto a quelli contenuti nel bando.

Più puntualmente, i criteri di valutazione nn. 1 e 2 contenuti nel bando (rispettivamente “descrizione della struttura organizzativa/operativa che verrà utilizzata per lo svolgimento del servizio, delle figure professionali presenti e delle relative qualifiche, modalità e logiche di coordinamento (verticale ed orizzontale) del personale impiegato, compreso il sistema di verifica e controllo qualitativo dell’attività” e “descrizione delle modalità e delle procedure di gestione del servizio di vigilanza armata nelle fasi di programmazione ed esecuzione del servizio”) sono stati meramente “dettagliati” dalla Commissione (cfr. verbale del 19.11.2019), quanto al criterio n. 1 apprezzando, all’interno dello stesso, il numero delle risorse utilizzate, l’articolazione dell’organizzazione, le modalità di coordinamento, la differenziazione delle responsabilità, il controllo di qualità previsto e la completezza di strutturazione, la completezza del progetto e l’adeguatezza alle necessità dell’operatore della centrale operativa, e, quanto al criterio n. 2, le qualifiche dei responsabili, degli operatori, il curriculum dei responsabili, degli operatori, la distribuzione adeguata delle responsabilità, i sistemi di verifica delle presenza e delle prestazioni, le divise aziendali, la descrizione dettagliata degli automezzi e delle attrezzature con le loro caratteristiche.

Secondo la ricorrente, avrebbe errato la commissione a considerare le qualifiche e i curriculum del personale all'interno del criterio n. 2 invece che all'interno del criterio sub 1, così modificando i rispettivi fattori di ponderazione (9 invece di 10 punti) e conducendo ad una sopravvalutazione del punteggio attribuito a Security per il criterio n. 1 a fronte della sottostima del punteggio attribuito a Sicuritalia (10 a fronte di 6,92).

Va anzitutto chiarito che la commissione, nel quadro dei criteri contenuti nel bando, ha certamente il potere di specificare e articolare gli stessi, e tale specificazione e articolazione "interna" dei criteri vale a giustificare l'attribuzione del punteggio.

Ma costituisce mera petizione di principio la pretesa della ricorrente di voler considerare le qualifiche e i dati curriculari del personale addetto nel criterio n. 1, laddove la specifica professionalità impiegata ben può valere, come ha ritenuto non irragionevolmente la commissione, ad apprezzare la distribuzione adeguata delle responsabilità e attinenti alle modalità di gestione del servizio, e dunque la concreta strutturazione anche alla stregua delle figure professionali impiegate, nel criterio n. 2.

I sottocriteri indicati nel verbale del 19.11.2019 sono, dunque, del tutto coerenti con quanto indicato nel bando di gara, con conseguente infondatezza della censura.

Il terzo motivo (rubricato "Violazione dei principi generali in tema di gare pubbliche – Violazione dei principi di trasparenza, legalità, buon andamento, imparzialità e trasparenza – Illegittimità della lex specialis della procedura") è del pari infondato.

Secondo la ricorrente la commissione avrebbe valutato contestualmente le voci discrezionali e quelle tabellari e comunque non avrebbe anteposto l'esame dei criteri discrezionali all'esame di quelli tabellari.

Sulla base di quanto risultante in atti, la commissione ha assegnato i punteggi nell'ordine definito dalla griglia contenuta nel bando, che contiene sia

punteggi “tabellari” che punteggi “discrezionali”, con massimi predefiniti, e non è previsto alcun ordine vincolato di esame.

Tale è peraltro l'indirizzo recentemente espresso anche dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 8295 del 23 dicembre 2020, in un caso in cui la commissione di gara aveva addirittura invertito l'ordine di esame degli elementi di valutazione, attribuendo prima tutti i punteggi quantitativo-tabellari e poi tutti quelli discrezionali.

Né la ricorrente dimostra che un diverso ordine avrebbe potuto giovarle ai fini della valutazione, non affatto contestando l'attribuzione dei punteggi in sé (né in suo favore, né a favore della controinteressata), ma, con deduzione meramente suggestiva e ipotizzando una “illegittimità di pericolo”, solo prospettando, senza ulteriore specificazione, una valutazione “influenzata” dal diverso ordine di assegnazione dei punteggi.

Il ricorso principale e i motivi aggiunti vanno dunque complessivamente rigettati.

Tanto giustifica la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale, come sopra qualificato condizionato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nell'importo in dispositivo fissato; i contributi unificati, rispettivamente versati dalle ricorrenti principale e incidentale, restano a loro carico.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato da motivi aggiunti, e sul ricorso incidentale, di cui pure in epigrafe, così provvede:

respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;

dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano, in favore di ciascuna delle controparti processuali, in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft teams, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente, Estensore

Pierluigi Russo, Consigliere

Fabio Maffei, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO