

Pubblicato il 13/09/2021

N. 09748/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00351/2021 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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 351 del 2021, proposto da Sicuritalia Ivri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Napoli, Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiammetta Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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 Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per l'annullamento, previa sospensiva,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione prot. n. G13735 del 19 novembre 2020, comunicata in pari data, nella parte in cui la Regione Lazio – Direzione Regionale Centrale Acquisti ha aggiudicato al costituendo r.t.i. guidato da Security Service S.r.l. il lotto n. 5 dell'appalto relativo al servizio di Vigilanza Armata e Guardiania presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SECURITY SERVICE S.R.L. il 26\1\2021 :

annullamento previa sospensione:

1) Della determinazione prot. n. G13735 del 19 novembre 2020 comunicata in pari data, nella parte in cui si è collocata al secondo posto della graduatoria del lotto in questione la società ricorrente Sicuritalia Ivri, unitamente a tutti i verbali di gara meglio descritti in parte narrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di Security Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2021 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Regione Lazio ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un servizio di guardiania armata suddiviso in 26 lotti.

La ricorrente ha partecipato per l'aggiudicazione del lotto n. 5 relativo al servizio destinato ai presidi sanitari della ASL Roma 5.

La ricorrente è stata graduata al secondo posto.

Il servizio per cui è causa, in data 19 novembre 2020, è stato assegnato alla controinteressata, come comunicato anche alla ricorrente dalla stazione appaltante.

In pari data la stazione appaltante ha dichiarato di aver reso disponibili, sul sito dedicato, i documenti di gara.

In data 25 novembre 2020 la ricorrente ha chiesto l'accesso a tutti i verbali di gara ed alla documentazione amministrativa, tecnica ed economica della prima graduata, ivi comprese le giustifiche presentate in sede di verifica di anomalia dell'offerta.

In data 26 novembre 2020 la stazione appaltante, in relazione alla indicata istanza, ha partecipato alle controinteressate la seguente nota: "Si chiede alle Società in indirizzo, in qualità di controinteressati, di voler far pervenire tramite la messaggistica della piattaforma di e-procurement, eventuale motivata opposizione alla trasmissione dei richiesti atti entro e non oltre dieci giorni naturali e consecutivi dal ricevimento della presente".

In data 7 dicembre 2020, la ricorrente, non avendo ricevuto riscontro alla istanza del 25 novembre 2020, ha inviato una nota di sollecito.

In data 10 dicembre 2020 la stazione appaltante ha partecipato alla attuale ricorrente la documentazione prodotta dalla controinteressata, ma non i verbali delle sedute riservate dei giorni 28 e 30 ottobre 2020, così come i giustificativi forniti dalla controinteressata in data 9 luglio e 28 settembre 2020.

Sostiene l'amministrazione resistente che, già dal 19 novembre 2020, sul sito dedicato era stato caricato e reso disponibile il verbale relativo alla verifica della congruità delle offerte, distinto in differenti file (Verbale verifica congruità offerte; Verbale verifica offerte economiche; Verbali sedute riservate commissione; Verbali sedute riservate rup; Verbali ufficiale rogante sedute pubbliche).

In realtà la ricorrente, con la nota del 25 novembre, reiterata il 7 dicembre, aveva chiesto :

- La documentazione amministrativa - tecnico – economica (comprensiva di giustificazioni prodotte) presentata in tutte le sue parti dal costituendo RTI Security Service – Css Servizi Srl.

- Copia dei verbali di tutte le sedute della commissione di gara.

L'istanza, come detto, è stata compiutamente evasa solo in data 10 dicembre 2020, nel termine stabilito dall'art. 76, comma 2, del d.lgs. 50/2016, con la precisazione che i verbali delle sedute di valutazioni delle offerte tecniche erano già disponibili, dal 19 novembre 2020, sul sito dedicato, mentre ha, successivamente, trasmesso via pec l'offerta tecnica ed il relativo allegato presentato dalla controinteressata.

Successivamente, in data 8 gennaio 2021, la parte ricorrente ha chiesto di acquisire :

- 1) I verbali delle sedute riservate del 28 e 30 ottobre 2020;
- 2) Note di attivazione della verifica del 9 luglio e di richiesta integrazioni del 28 settembre 2020.

Nei tempi previsti la stazione ha consegnato la richiesta di chiarimenti del 28 settembre 2020.

Ora il Collegio deve scrutinare la tardività o meno del gravame, così come eccepito, sia dalla resistente che dalla controinteressata.

Sostiene la resistente che i verbali della procedura erano disponibili già sul sito.

In realtà nel sito erano stati pubblicati una parte degli atti di gara, ma non era disponibile l'offerta tecnica ed il relativo allegato, ostesa solo in data 10 dicembre 2020, in seguito a specifica istanza.

L'amministrazione resistente, ha rappresentato che la decisione del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 12/2020 deve essere interpretata nel senso che il termine di trenta giorni per presentare il ricorso è aumentato degli ulteriori 15 previsti dal legislatore per riscontrare l'istanza di accesso, così che il termine decadenziale verrebbe a scadere il 45 giorno dall'aggiudicazione (in linea con Cons. St., n. 864/2015).

Osserva il Collegio, proprio alla luce dell'insegnamento della Plenaria sopra riportata che, anche l'acquisizione documentale richiesta a mente dell'art. 76 e nei termini di cui all'art. 5 del DPR n. 184 del 2006, costituisce motivo valido

per superare il termine di proposizione del ricorso indicato dall'art. 120 cpa, termine che, quindi, decorre dalla effettiva comunicazione degli atti richiesti.

La logica e la funzione del principio espresso dalla Plenaria è proprio quello di evitare la proposizione di ricorsi al "buio" che potrebbero, alla luce dei documenti acquisiti, rilevarsi non proponibili.

E' insegnamento giurisprudenziale, oramai pacifico, che : "...proprio perché solo dalla conoscenza di detti giustificativi (avvenuta all'esito del loro deposito in giudizio) il Consorzio poteva articolare le doglianze sull'anomalia della richiamata offerta, non rilevando in senso inverso neanche i riferimenti all'attivazione del procedimento di verifica rinvenibili nella documentazione acquisita con l'accesso" (Cons.St., sez.V 27 gennaio 2020, n. 83).

Ora, proprio la nota della stazione appaltante del 26 novembre 2020 alle controinteressate dimostra che non tutti i documenti, comunque richiesti nel termine decadenziale per proporre il ricorso, erano stati immessi nel sistema.

Da ciò la tempestività della proposizione del ricorso.

In data 16 gennaio 2021 la controinteressata ha avanzato ricorso incidentale.

In merito il Collegio deve adeguarsi all'insegnamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, decima Sezione, con la sentenza 5 settembre 2019, pronunciata nella causa C-333/18, come ribadito dalle recenti pronunce del Consiglio di Stato (cfr per tutti Cons. St. n.4431/2020) ed esaminare il ricorso incidentale solo nel caso di fondatezza del ricorso principale, proprio perché in caso di rigetto di quest'ultimo, il suo scrutinio risulterebbe inutile ai fini della contestazione del bene della vita per cui è causa.

Ciò detto il ricorrente ha contestato il fatto che la prima graduata ha, nella istanza di partecipazione alla gara, fatto ricorso al lavoro straordinario in misura superiore a quanto consentito dal CCNL di categoria.

E' opportuno precisare che il servizio per cui è causa (lotto 5) prevedeva un impegno orario annuo pari a complessive 189.288 ore di cui 189.000 ore per servizi di vigilanza fissa e 288 ore stimate per altri servizi in appalto.

La controinteressata ha rappresentato di eseguire la prestazione offerta con l'impiego di 96 operatori (alle 81 unità assunte in ottemperanza della clausola sociale contrattuale saranno aggiunte ulteriori 15 unità).

In merito, l'art. 71, lett. b, prevede che "la durata massima dell'orario di lavoro, comprese le ore di straordinario, non potrà superare le 48 ore ogni periodo di sette giorni, calcolate come media riferita ad un periodo di mesi 12 (...)".

L'art. 79 del ccnl stabilisce al riguardo che "stante le particolari esigenze del settore e la necessità di garantire la protezione dei beni pubblici e privati affidati agli Istituti di Vigilanza, è facoltà del datore di lavoro richiedere prestazioni di lavoro straordinario per esigenze di servizio, per un numero di ore annuali che sommate all'orario di lavoro non superi il limite di cui al precedente art. 71 lettera b".

Allo stesso modo, pur ai soli fini della determinazione del numero di guardie giurate da impiegare nell'appalto o nel servizio, l'art. 26 del ccnl richiama un coefficiente annuo di riferimento "di 48 ore settimanali comprensive delle ore di straordinario, per 48 settimane".

L'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 66 del 2003 esclude la diretta applicazione delle disposizioni "concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro" contenute nel medesimo decreto, fra cui quelle in materia di straordinario.

Ciò, però, non significa la libera e incondizionata applicazione, nella materia della vigilanza armata, del lavoro straordinario :..."tanto meno a fini di giustificazione della sostenibilità economica dell'offerta, atteso che permane pur sempre l'intrinseca diversità del lavoro straordinario rispetto a quello ordinario, così come l'applicazione del necessario canone della ragionevolezza nel ricorso allo straordinario al fine di contemperare le esigenze aziendali con l'irrinunciabile preservazione dell'integrità psicofisica dei lavoratori" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2019, n. 90).

La stessa giurisprudenza sopra riportata ha, altresì, escluso la legittimità del ricorso al lavoro straordinario nel caso in cui le ore complessivamente previste superavano l'ammontare teorico indicato dalle tabelle ministeriali e il tetto previsto dalla contrattazione collettiva.

Il combinato disposto della normativa di settore, in uno con gli insegnamenti giurisprudenziali riportati, comporta che il lavoro straordinario deve essere limitato :” il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata” (Cons. Stato, VI, 30 maggio 2018, n. 3244), proprio perché l'aggravio di attività lavorativa, oltre le previsioni contrattualmente, pregiudica, non solo la integrità psico-fisica dei lavoratori, ma compromette lo stesso servizio armato comportando un evidente minore grado di attenzione.

La controinteressata ha indicato, nell'offerta tecnica: 550 ore non destinate al servizio, 394 quelle da coprire mediante straordinario e 1972 quelle impiegate per ogni operatore.

L'impegno orario previsto nel bando è, pertanto, raggiunto attraverso l'utilizzo di 394 ore di lavoro straordinario.

La stessa controinteressata ha proposto il sistema di impiego c.d. 5+1 (art. 76 del ccnl).

L'orario di lavoro settimanale ordinario, per il sistema 5+1 è di 35 ore settimanali (7 ore x 5 giorni per venti settimane in relazione ai venti giorni di ulteriore permesso).

Infatti, sempre con riferimento alle previsioni del ccnl di categoria, l'utilizzo del riferito criterio comporta l'attribuzione di ulteriori 7 giorni di conguaglio, oltre a quelli previsti dall'art.84, per un totale di giorni 20.

Ne consegue che lo straordinario esigibile nel peculiare sistema adottato deve essere concretamente individuato tenendo conto del sistema di computo della media stabilita dagli artt. 4 e 6 del D.l.vo 66/03, per cui il limite annuo per il ricorso al lavoro straordinario non può essere superiore a 6 ore per ogni sette giorni lavorativi effettivi.

Nel sistema 5 + 1, pertanto, il monte ore straordinario massimo è pari a 312 ore (Cons. St. n.90/2019 cit.).

Ne consegue che qualora, come nel caso di specie, le ore di straordinario utilizzate dall'impresa e riportate nell'offerta, siano superiori a quelle ammissibili nel massimo, l'offerta è palesemente contraria alla previsione del capitolato tecnico della gara :” Il Fornitore dovrà attuare, nei confronti dei lavoratori impegnati nel servizio, condizioni normative, contributive e retributive conformi a quelle fissate dalle disposizioni legislative e dai contratti ed accordi collettivi di lavoro applicabili alla categoria, e in generale, da tutte le leggi e norme vigenti o emanate nel corso dell'appalto, nazionali e regionali, sollevando le Amministrazioni da ogni responsabilità al riguardo”, in uno con l'art. 80 comma 5, lett. a) del D.lgs 50 /2016.

Proprio perché, come detto, il periodo massimo di straordinario consentito, è funzionale anche alla necessità di preservare, sia la salute psico fisica del lavoratore (Cons. n. 9945/2014) che i principi del diritto al lavoro (art. 35 cost.), per cui deve essere ricondotto a criteri ragionevoli, nei termini generali indicati dall'art. 6 del Decreto n. 66/2003, nella parte applicabile all'attività di vigilanza armata, in uno con il CCNL di settore.

La controinteressata ha indicato, per ogni lavoratore, 394 ore di lavoro straordinario, necessarie per coprire le esigenze della commessa.

Si tratta, all'evidenza, di un monte orario pro capite di molto superiore al massimo previsto dalla normativa di settore, così che l'offerta doveva essere esclusa violazione del CCNL di settore, a mente dell'articolo 80, comma 5, lett. a) del D.lgs 50 /2016 e dall'articolo 5 del disciplinare di gara.

La fondatezza del gravame comporta la necessità di scrutinare il ricorso incidentale nei termini avanzati dalla controinteressata e sopra compiutamente indicati.

La stessa ha segnalato e contestato la mancata esclusione della ricorrente che non ha rappresentato alla stazione appaltante l'esistenza di un pregiudizio

amministrativo consistente nella sanzione irrogata per pratiche anticoncorrenziali.

E' necessario precisare.

Il bando per cui è causa risulta spedito per la pubblicazione in GUUE il 28 dicembre 2017.

Le domande di partecipazione dovevano pervenire entro le ore 12 del 23 aprile 2018.

La procedura si è conclusa in data 19 novembre 2020.

Risulta che in data 16.12.2019 l'AGCM ha proceduto a condannare la ricorrente unitamente ad altre aziende del settore, per intese anticoncorrenziali, avute nello svolgimento di numerose gare pubbliche svoltesi nel settore degli affidamenti dei servizi di vigilanza privata presso Amministrazioni della Regione Lombardia, della Regione Veneto e della Regione Emilia Romagna.

La sanzione pubblicata in data 16 dicembre 2019 sul sito AGCM ed è stata impugnata innanzi al Tar Lazio-Roma che ha respinto l'istanza cautelare e fissato l'udienza di discussione del merito.

Ritiene la ricorrente incidentale che, pur essendo la sanzione intervenuta dopo la presentazione dell'istanza di partecipazione, ma prima della definizione della gara, la sanzione doveva essere immediatamente partecipata alla stazione appaltante, a mente dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, stante la possibilità della stessa di escludere, in qualsiasi momento, il partecipante successivamente privo dei requisiti di partecipazione alla gara.

Risulta dagli atti che la ricorrente ha partecipato, alla stazione appaltante, una articolata e puntuale nota già in data 12 ottobre 2020, in cui ha partecipato alla stazione appaltante l'esistenza del pregiudizio segnalato dalla controinteressata.

La ricorrente ha quindi osservato l'obbligo, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto, di comunicare alla stazione appaltante, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti lo svolgimento della

propria attività professionale, al fine di consentire alla stessa di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti (ex multis, Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628).

La p.a., pertanto, pur consapevole della irrogata sanzione, non ha inteso escludere dalla gara la ricorrente.

Pertanto il ricorso incidentale deve essere respinto.

Per tutte le ragioni sopra esposte il ricorso deve essere accolto e, a mente dell'art. 122, D. Leg.vo 104/2010, deve essere annullata l'aggiudicazione e dichiarata l'inefficace del contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata, disponendo, quale risarcimento in forma specifica, il subentro, come richiesto dalla stessa ricorrente, nell'attività oggetto della procedura ad evidenza pubblica per tutta la originaria durata del servizio posto a gara.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento in epigrafe indicato.

Inoltre, a mente dell'art. 122, D. Leg.vo 104/2010, annulla l'aggiudicazione e dichiara inefficace il contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata, disponendo, quale risarcimento in forma specifica, il subentro, come richiesto dalla stessa ricorrente, nell'attività oggetto della procedura ad evidenza pubblica per tutta la originaria durata del servizio posto a gara.

Condanna la resistente e la controinteressata al pagamento delle spese di lite che, a mente del D.M. n. 55/2014, complessivamente quantifica, per ciascuna parte, in euro 3.000,00 (tremila), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2021,
tenutasi da remoto ed in video conferenza, con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Roberto Vitanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Vitanza

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO