

Publicato il 01/04/2019

N. 04276/2019 REG.PROV.COLL.
N. 09955/2018 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9955 del 2018, proposto da Jupiter 64 S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Domenico Gentile, Adriano Cavina e Francesco Deodato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini n. 19;

contro

il Comune di Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Enrico Maggiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura comunale in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

nei confronti

Travis Group Security S.r.l. e Unisecur S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli Avvocati Maurizio Magrin e Socrate Toselli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Maurizio Magrin, in Latina, via Oslavia n. 41;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale rep. n. QI/1187/2018, prot. QI/128231/2018 del 26 luglio 2018, divenuta esecutiva il 9 agosto 2018, con cui Roma Capitale ha revocato in autotutela la precedente aggiudicazione disposta il 15 febbraio 2018 in favore di E.K.V. S.r.l. (oggi Jupiter 64 S.r.l.) *“del servizio di vigilanza armata e sicurezza presso le sedi del Dip.to PAU di Roma Capitale in Via del Turismo n. 30, Viale Civiltà del Lavoro n. 10 e Via di Decima nn. 96/102”* e ha contestualmente disposto la nuova aggiudicazione del medesimo servizio in favore di Unisecur S.r.l. (subentrata in virtù di affitto di ramo d'azienda all'originaria concorrente Travis Group Security S.r.l.);
 - della nota di Roma Capitale, prot. QI/136977, del 10 agosto 2018, con cui è stata comunicata all'odierna ricorrente l'adozione del suindicato provvedimento;
 - del provvedimento prot. QI/131090 del 1° agosto 2018, con cui si è confermato il subentro nel servizio della Unisecur S.r.l.;
 - per quanto possa occorrere, del verbale dell'incontro del 27 luglio 2018, prot. QI/129151, cui hanno preso parte i rappresentanti della stazione appaltante e delle imprese coinvolte;
 - per quanto possa occorrere, della nota prot. QI/122210 del 18 luglio 2018, con cui la stazione appaltante ha comunicato l'intenzione di adottare il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione anche a seguito delle osservazioni formulate dall'odierna ricorrente;
 - per quanto possa occorrere, della nota prot. QI/114125 del 4 luglio 2018, con cui la stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento per l'adozione del provvedimento di revoca;
- di tutti i verbali di gara, compreso il verbale di gara MEPA relativo alla seduta del 4 giugno 2018; ove adottati, degli atti, di estremi non conosciuti, relativi al procedimento di verifica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui

all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 in capo alla Unisecur S.r.l. e di quelli di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, in capo alla Travis Group Security S.r.l. a socio unico ed alla Unisecur S.r.l.;

- della mancata verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 in capo alla Travis Group Security S.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti a quelli sopra indicati;

nonché per la condanna

della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica, mediante affidamento del servizio alla ricorrente, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto, *ove medio* tempore stipulato con la controinteressata;

e, in via subordinata, per il risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, del danno subito dalla ricorrente a causa del comportamento della stazione appaltante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Travis Group Security S.r.l. ed Unisecur S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2019 il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determina dirigenziale del 23 giugno 2017 Roma Capitale ha attivato una procedura negoziata, tramite il sistema MEPA di Consip, volta all'affidamento del servizio di vigilanza armata e sicurezza presso le sedi del proprio Dipartimento Programmazione e Attuazione Urbanistica ubicate in Roma, via

del Turismo n. 30, viale della Civiltà del lavoro n. 10 e via di Decima nn. 96/102.

Il contratto oggetto di affidamento avrebbe dovuto avere una durata complessiva di diciassette mesi, per un importo posto a base di gara pari ad euro 198.900,00, IVA esclusa.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di un punteggio massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per quella economica, secondo la formula indicata nell'art. 10 del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale.

Segnatamente per l'offerta economica si stabiliva l'applicazione della formula di proporzionalità inversa, secondo la definizione del manuale MEPA (pag. 11), in base alla quale il punteggio è inversamente proporzionale al prezzo offerto.

Si precisava che si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida.

La data di scadenza per la presentazione delle offerte era il 15 settembre 2017. All'esito della valutazione delle offerte, si è determinata la seguente graduatoria: prima la Cosmopol Security S.r.l., con un punteggio totale di 89,650 punti (59,650: offerta tecnica e 30: offerta economica), seconda la EKV S.r.l., cui è poi subentrata l'odierna ricorrente, con un punteggio complessivo di 66,740 punti (54,200: offerta tecnica e 12,540: offerta economica) e terza la Travis Group Security S.r.l., alla quale è subentrata Unisecur S.r.l., con totali 65,780 (65,780: offerta tecnica e 0: offerta economica).

Cosmopol è stata sottoposta al subprocedimento di verifica di congruità, che ha condotto alla sua esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta.

A seguito di scorrimento della graduatoria, con determinazione dirigenziale prot. n. 235 del 15 febbraio 2018, rimasta inoppugnata, il servizio è stato aggiudicato in via definitiva alla EKV S.r.l.

Con verbale di consegna d'urgenza del 28 febbraio 2018, nelle more della stipula del contratto, la stazione appaltante ha disposto la consegna del servizio in favore della EKV S.r.l., a decorrere dal 1° marzo 2018.

Successivamente detta Società, con nota del 9 marzo 2018, ha comunicato di aver ceduto il ramo d'azienda relativo anche alla partecipazione alla gara in oggetto alla Jupiter 64 S.r.l., che ha quindi provveduto allo svolgimento del servizio medesimo.

Nelle more, con scrittura privata datata 8 maggio 2017, è stato stipulato un contratto d'affitto d'azienda tra Travis Group Security S.r.l. e Unisecur S.r.l., comprendente anche il servizio oggetto della procedura qui in esame.

Al punto 18 del contratto d'affitto d'azienda, recante subingresso nelle gare, si prevedeva, infatti, che l'affittuaria subentrasse al concedente in ogni diritto e obbligazione derivante dalla partecipazione a gare d'appalto cui il concedente aveva preso parte con proprie offerte fino alla data di inizio di efficacia del contratto stesso.

La decorrenza dell'efficacia del contratto *de quo* era indicata nel rilascio, da parte della Prefettura di Roma, del titolo di polizia a favore dell'affittuario, nonché dall'ottenimento delle licenze e concessioni per l'esercizio dell'attività di vigilanza.

La Unisecur S.r.l., nel frattempo subentrata alla Travis Group Security S.r.l., con nota del 9 maggio 2018 ha segnalato alla stazione appaltante l'avvenuta applicazione in concreto, nel corso dello svolgimento della procedura negoziata *de qua*, di una formula diversa da quella indicata nel capitolato speciale per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica, evidenziando che con l'utilizzo della formula indicata *ex ante* la Travis si sarebbe posizionata meglio di EKV S.r.l., in quanto avrebbe conseguito per l'offerta economica il punteggio di 7,588 punti e perciò quello complessivo di 73,368 punti, a fronte del punteggio per l'offerta economica di EKV di 16,954 punti e di quello complessivo di 71,159 punti.

Il RUP, nominato con determinazione dirigenziale del 21 maggio 2018, ha convocato un'apposita seduta di gara per la data del 4 giugno 2018, nel corso della quale ha informato le concorrenti che *“per mero errore di inserimento dei dati nella fase di impostazione della Richiesta di Offerta, la formula di calcolo del punteggio economico indicato dal MEPA ... è difforme dalla formula a cui si fa riferimento nel capitolato speciale”* e che, pertanto, in applicazione della formula corretta, risultava individuata *“quale aggiudicataria provvisoria la Travis Group Security S.r.l. a socio unico, attualmente Soc. Unisecur S.r.l.”*.

Con nota del 4 luglio 2018, la stazione appaltante ha comunicato l'avvio del provvedimento volto alla revoca dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Jupiter 64 S.r.l., nelle more, come detto, subentrata nella titolarità dei contratti stipulati dalla EKV S.r.l..

Jupiter 64 S.r.l. ha, dunque, ritualmente depositato le proprie osservazioni.

Con provvedimento del 24 luglio 2018, la stazione appaltante ha convocato per il successivo 27 luglio 2018 le parti interessate - Jupiter 64 S.r.l. e Unisecur S.r.l. – *“al fine di pervenire ad un corretto passaggio di consegne che garanti[sse] la non interruzione del Servizio di Vigilanza”*. Nell'ambito di tale riunione, a causa di difficoltà rappresentate dalle parti da un immediato cambio di appalto, il subentro di Unisecur nel servizio è stato fissato per il 15 settembre 2018.

In data 10 agosto 2018 è stata notificata la determinazione dirigenziale del 26 luglio 2018, divenuta esecutiva il 9 agosto 2018, con cui è stata revocata in autotutela la precedente aggiudicazione disposta il 15 febbraio 2018 in favore di E.K.V. S.r.l. ed è stata contestualmente disposta la nuova aggiudicazione del medesimo servizio in favore di Unisecur S.r.l. (subentrata in virtù di affitto di ramo d'azienda all'originaria concorrente Travis Group Security S.r.l.)

Avverso il provvedimento citato in ultimo, con la relativa nota di notifica, nonché i richiamati atti –comunicazione di avvio del procedimento con lo stesso conclusosi e verbali – è stato proposto il ricorso in esame, affidato alle seguenti doglianze:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficiente motivazione; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza; violazione dei principi di partecipazione e trasparenza della Pubblica Amministrazione; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990.

Il coinvolgimento partecipativo della Jupiter 64 S.r.l., a seguito di comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, sarebbe risultato meramente formalistico, atteso che la stazione appaltante non avrebbe considerato quanto dalla stessa evidenziato nelle proprie osservazioni endoprocedimentali.

La stazione appaltante si sarebbe, infatti, limitata ad affermare di aver preso "*atto del contenuto delle osservazioni*", senza, tuttavia, individuare specifici argomenti diretti a confutarle.

Perciò il provvedimento censurato sarebbe violativo dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990, secondo cui dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni presentate dall'interessato "*è data ragione nella motivazione del provvedimento finale*".

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990; eccesso di potere per insufficiente motivazione; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza; violazione del principio di affidamento; violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost..

L'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, nell'individuare i presupposti per l'adozione della revoca, dispone che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato "*(a) per sopravvenuti motivi di pubblico*

interesse (b) ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento (c) o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”.

L'esame del provvedimento non consentirebbe di individuare alcuno specifico motivo di pubblico interesse o nuova valutazione dell'interesse pubblico idonei a giustificare la revoca.

Inoltre, nella comunicazione di avvio del procedimento diretto alla revoca datata 4 luglio 2018, richiamata incidentalmente nel provvedimento impugnato, si rinvia alle motivazioni riportate nel verbale della seduta del 4 giugno 2018. Tuttavia, nemmeno tale rinvio *per relationem* sarebbe idoneo a giustificare il provvedimento di revoca, atteso che nella seduta del 4 giugno 2018 la Commissione giudicatrice avrebbe proceduto ad una mera ricostruzione fattuale della vicenda, al fine di rendere edotte le Società partecipanti dell'errore materiale che ha caratterizzato il calcolo del punteggio attribuito alle offerte delle concorrenti nell'ambito del MEPA, mentre mancherebbe il riferimento ad un motivo sostanziale di pubblico interesse alla revoca.

Perciò il provvedimento di revoca sarebbe illegittimo, in quanto non sorretto da un idoneo apparato motivazionale, ma finalizzato al mero ripristino della legalità violata.

A ciò si aggiunge che la revoca dell'aggiudicazione implicherebbe un'evidente lesione dell'interesse pubblico, comportando un notevole incremento di spesa per l'Amministrazione, a causa del maggior prezzo offerto in gara dalla Società Travis Group Security S.r.l./Unisecur S.r.l., che ha infatti formulato un'offerta economica superiore a quella della EKV S.r.l. di oltre 20.000 euro.

Vi sarebbe poi un ulteriore profilo di contrasto con il principio di efficienza amministrativa e buon andamento, atteso che il servizio in questione è stato affidato a decorrere dal 1° marzo 2018, per una durata complessiva di diciassette mesi (con termine, dunque, previsto per il 31 luglio 2019), ed è

stato, perciò, espletato per un terzo della durata complessivamente prevista. La revoca condurrebbe, perciò, ad un dispendio di risorse umane e strumentali, oltre che economiche, sproporzionato e irragionevole se posto in relazione all'esiguo importo dell'appalto ed alla durata residua del servizio.

Il provvedimento impugnato apparirebbe oltremodo illegittimo in quanto l'Amministrazione pretenderebbe di obliterare i principi in materia di irretroattività dell'efficacia dei provvedimenti di revoca: nel contestato provvedimento, la stazione appaltante ha disposto che il servizio aggiudicato alla Unisecur S.r.l. *“avrà inizio dal giorno 15.09.2018 o comunque dalla data di affidamento del servizio per una durata di 17 mesi naturali e consecutivi”*.

Anche a voler poi considerare, per mera ipotesi di scuola, il provvedimento di secondo grado adottato dalla stazione appaltante quale annullamento d'ufficio, l'esigenza del mero ripristino della legalità violata non è comunque considerata argomentazione sufficiente ai fini della legittimità dell'operato della P.A..

Peraltro nella vicenda in esame un eventuale annullamento d'ufficio difetterebbe dell'ulteriore presupposto, previsto dall'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, di adozione *“entro un termine ragionevole”*, essendo stato il provvedimento di secondo grado adottato a distanza di sei mesi dall'avvio del servizio.

Inoltre l'odierna ricorrente ha incominciato la propria attività in seguito alla consegna in via d'urgenza del servizio, radicandosi in tal modo un legittimo affidamento, ulteriormente corroborato dalla decorrenza dei termini stabiliti *ex lege* per l'impugnazione dell'aggiudicazione.

A nulla rileverebbe un eventuale richiamo alla novella che la disposizione in esame ha subito di recente, poiché secondo la giurisprudenza, *“in materia di annullamento d'ufficio la modifica all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, introdotta dalla legge n. 124/2015 (“comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20”) non ha*

carattere interpretativo dell'inciso che precede ("entro un termine ragionevole") perché, se così fosse, si dovrebbe considerare comunque e sempre "ragionevole" l'autoannullamento effettuato dall'Amministrazione entro 18 mesi, laddove nulla vieta di ritenere irragionevole anche un provvedimento in autotutela adottato entro il predetto termine" (TAR Campania, Napoli, sez. II, 2 novembre 2016 n. 5028)."

3) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32, commi 7, 8 e 9, del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti; violazione del principio di partecipazione e trasparenza della Pubblica Amministrazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; violazione del principio di parità di trattamento.

La stazione appaltante ha eseguito *"nei confronti della Soc. UNISECUR S.r.l. ... con esito positivo, le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del D.Lgs n. 50/2016 e ss.mm.ii."*, mentre tali verifiche non risulterebbero essere state effettuate in capo alla Travis Group Security S.r.l., che aveva originariamente partecipato alla gara e che successivamente ha affittato il ramo d'azienda a tale Società.

L'art. 32 del d.lgs n. 50/2016 chiarisce, al comma 7, che *"l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti"*, mentre, al comma 8, dispone che *"divenuta efficace l'aggiudicazione ... la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni"*.

La stazione appaltante sarebbe quindi obbligata a verificare se effettivamente, non solo l'affittuaria, ma anche l'affittante (originaria concorrente alla gara) possieda i requisiti di ordine generale autodichiarati al momento della presentazione dell'offerta. Infatti, diversamente opinando, le operazioni di affitto di azienda potrebbero essere attivate con intenti elusivi della normativa contenuta nel Codice.

La necessità di una verifica dei requisiti anche in capo alla Travis Group Security S.r.l. discenderebbe anche dalla necessità di dare applicazione al generale principio della continuità del possesso dei requisiti, che si impone a

partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione ed in ogni successiva fase della procedura di evidenza pubblica, nonché per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità.

4) In via subordinata: responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per l'ingiusto danno subito dalla ricorrente; violazione del principio di affidamento; violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost..

Nell'ipotesi in cui la determinazione di revoca dell'aggiudicazione adottata dalla stazione appaltante e di contestuale nuova aggiudicazione in favore della Unisecur fosse ritenuta legittima, dovrebbe comunque essere riconosciuto, in favore della Jupiter 64 S.r.l., a titolo di responsabilità precontrattuale, il risarcimento dell'ingiusto danno subito a causa del comportamento dell'Amministrazione, per violazione dei doveri di lealtà e correttezza.

Nel caso di specie, alla luce della esposizione dei fatti di causa, emergerebbe l'incolpevolezza dell'affidamento ingenerato nella Jupiter 64 S.r.l., stante l'originaria erroneità dei calcoli matematici per la determinazione dei punteggi, esclusivamente addebitabile all'operato della stazione appaltante, l'intervenuto e regolare espletamento del servizio per ben sei mesi e l'avvenuta decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione, i cui effetti si erano dunque cristallizzati.

Si ravviserebbero anche gli estremi della contrarietà del comportamento della stazione appaltante agli obblighi di lealtà e correttezza, giacché soltanto dopo un notevole lasso di tempo essa ha verificato *"l'effettiva ed oggettiva erronea applicazione della formula di valutazione dell'offerta economica"*.

Si allegano le spese vive sostenute per dare esecuzione al contratto (tra le voci figurano le assunte spese per l'acquisto di materiali per l'esecuzione del servizio).

Si chiede anche il risarcimento del danno da perdita di *chance*, quantificato in via equitativa nella misura dell'1% del valore dell'appalto, in virtù dei costanti indirizzi giurisprudenziali.

Si precisa che, come ritenuto dal Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662), l'esame della sussistenza di tale danno può intervenire attraverso un processo deduttivo, secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. *"più probabile che non"*.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Roma Capitale, nonché le Società Travis Group Security S.r.l. e Unisecur S.r.l..

La richiamata parte resistente ha poi prodotto documentazione ed una memoria difensiva, nella quale ha in primo luogo eccepito l'irricevibilità del ricorso, sostenendo che non sarebbe stata impugnata tempestivamente, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., l'ammissione di Travis alla gara, e ha altresì controdedotto alle doglianze della ricorrente.

Con decreto cautelare n. 5074 del 5 settembre 2018, sono state concesse le misure cautelari provvisorie.

Con ordinanza n. 5981 dell'11 ottobre 2018, è stata respinta la domanda cautelare, proposta in via incidentale.

Roma Capitale ha prodotto ulteriore documentazione ed entrambe le parti hanno depositato una memoria difensiva in vista della pubblica udienza del 6 marzo 2019, nella quale il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1 - Con il ricorso in esame la Società ricorrente, subentrata alla EKV S.r.l., per effetto di cessione di ramo d'azienda, nell'esecuzione del contratto per il servizio di vigilanza armata e sicurezza presso tre sedi del Dipartimento Programmazione e Attuazione Urbanistica di Roma Capitale, affidato alla prima, per la durata di 17 mesi, in esito all'attivazione della procedura negoziata tramite il sistema MEPA di Consip (disposta con determina dirigenziale del 23 giugno 2017), chiede l'annullamento del provvedimento di ritiro in autotutela di detta aggiudicazione e di attribuzione del servizio medesimo a Unisecur S.r.l., affittuaria di ramo di azienda facente capo alla concorrente Travis Group Security S.r.l., nonché degli altri atti connessi,

individuati in epigrafe, e in via subordinata avanza domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale.

2 - Preliminarmente va disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata dall'Amministrazione resistente.

2.1 - In particolare, Roma capitale assume che non sarebbe stata impugnata tempestivamente, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., l'ammissione di Travis alla gara, per cui il ricorso sarebbe tardivo.

2.2 - Occorre al riguardo evidenziare che la ricorrente non intende censurare in questa sede l'ammissione alla gara di Travis Group, per assenza dei requisiti generali, ma, per un verso, il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione alla propria dante causa e, per altro verso, il mancato controllo del mantenimento del possesso dei requisiti in capo a detta Società, una volta che era intervenuto l'affitto di azienda nei confronti di Unisecur S.r.l., al fine di poter procedere all'aggiudicazione in favore di quest'ultima, nella sua qualità appunto di affittuaria.

Ne deriva che a monte non sussisteva un onere, a pena di decadenza, di contestare l'ammissione alla gara di Travis Group, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a..

3 - Passando al merito, si rende opportuno ripercorrere l'antefatto che ha condotto all'adozione del richiamato provvedimento impugnato.

Come già illustrato in fatto, le originarie concorrenti erano Cosmopol Security S.r.l., EKV S.r.l., cui è poi subentrata l'odierna ricorrente, e Travis Group Security S.r.l., cui è subentrata Unisecur S.r.l..

All'esito della valutazione delle offerte proposte dalle suindicate concorrenti e a seguito poi dell'accertata anomalia dell'offerta di Cosmopol Security S.r.l., che era risultata prima, dopo la verifica della sua congruità, una volta eseguito lo scorrimento della graduatoria, la procedura negoziata è stata affidata a EKV S.r.l., che, col punteggio di complessivi 66,740 punti, da seconda è divenuta prima dinanzi a Travis Group Security S.r.l., la quale aveva conseguito *in toto* 65,780 punti.

Il servizio è stato attivato da EKV a decorrere dal 1° marzo 2018 con verbale di consegna d'urgenza del 28 febbraio 2018 e successivamente è passato alla cessionaria di ramo d'azienda.

Divenuto poi efficace il contratto di affitto d'azienda stipulato in data 8 maggio 2017 tra Travis Group Security S.r.l. e Unisecur S.r.l., quest'ultima con nota del 9 maggio 2018 ha segnalato a Roma Capitale l'avvenuta applicazione in concreto, in sede di valutazione delle offerte, di una formula diversa da quella indicata nel capitolato speciale per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica, evidenziando che, ove invece fosse stata utilizzata la formula indicata *ex ante*, la Travis si sarebbe collocata in posizione migliore rispetto a EKV S.r.l..

3.1 - Dalla suddetta segnalazione sono derivate dapprima l'attivazione di un procedimento volto al ritiro in via di autotutela dell'aggiudicazione disposta nei confronti della EKV, che, per effetto dell'applicazione della formula corretta, era divenuta seconda, e successivamente, una volta adottato il relativo provvedimento in via di autotutela e di nuova aggiudicazione, l'attribuzione del servizio, con effetto *ex tunc*, a Unisecur S.r.l., subentrata a Travis.

3.2 - Al suddetto procedimento la ricorrente ha preso parte, producendo proprie osservazioni, essendo stata notiziata con relativa comunicazione di avvio ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e s.m.i..

4 - Occorre in primo luogo evidenziare che, anche se viene impiegato il *nomen juris* di "revoca", per riferirsi al provvedimento di ritiro della precedente aggiudicazione, la qualificazione corretta da attribuire allo stesso è quella di annullamento.

4.1 - La revoca attiene alle ipotesi di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, nessuna delle quali ricorre nella specie.

4.2 - Diversamente, l'annullamento concerne il caso di illegittimità che inficia il provvedimento che ne viene colpito e che conseguentemente viene ritirato con effetto *ex tunc*.

4.3 - Nella specie la *lex specialis* – segnatamente l'art. 10 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale, recante “Modalità di procedimento di aggiudicazione”, parte integrante della determina a contrarre, per espressa sua previsione, con riferimento alla modalità di valutazione dell'offerta economica -, riporta in modo chiaro la formula matematica di proporzionalità inversa, indicata a pagina 11 del manuale d'uso del MEPA.

In base alla suindicata formula il punteggio è inversamente proporzionale al prezzo offerto.

Rispetto alla formula lineare della migliore offerta, il criterio in esame consente di attribuire minore competizione sul prezzo, dal momento che minori risultano le differenze tra i punteggi relativi al prezzo stesso.

4.4 - Quindi alla scelta di tale formula nella valutazione dell'offerta economica era sottesa quella di individuare, per lo svolgimento del servizio *de quo*, l'offerta che fosse valida soprattutto dal punto di vista qualitativo, che quindi garantisse una migliore qualità del servizio stesso, assumendo senz'altro minore rilievo il risparmio di spesa garantito invece dalla formula lineare, che attribuisce un peso maggiore all'offerta economica.

4.5 - Nella specie, pur avendo la *lex specialis* stabilito che dovesse applicarsi la formula matematica di proporzionalità inversa, in concreto, nella valutazione delle offerte presentate nella procedura negoziata *de qua*, si è fatto ricorso alla formula lineare, risultando così viziati i risultati e, in particolare, risultando attribuito un punteggio erroneo alle concorrenti.

Come si è illustrato in precedenza, una volta esclusa Cosmopol Security S.r.l., per aver proposto un'offerta considerata anomala, erano rimaste in gara EKV S.r.l. e Travis Group Security S.r.l., posizionandosi, rispettivamente, prima e secondo, per effetto dello scorrimento della graduatoria che ne è conseguita.

Ove invece fosse stata applicata la formula corretta, si sarebbe invertito il posizionamento delle due suindicate Società rimaste in gara e, pertanto, il servizio sarebbe stato affidato a Travis Group Security S.r.l., e non già alla ricorrente.

4.6 - Con il provvedimento adottato in via di autotutela, qui contestato, si è riportata la situazione nell'alveo della legittimità, sino al momento iniziale, rimuovendo l'illegittimità evidenziata con effetto *ex tunc*.

5 - Occorre evidenziare che, alla luce di quanto evidenziato, sussistevano tutti i presupposti *ex lege* per procedere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione in favore di EKV S.r.l. e quindi di Jupiter 64.

5.1 - Non solo, come si è rilevato, l'aggiudicazione precedentemente disposta era inficiata dall'illustrata illegittimità.

Va, infatti, posto in evidenza il ricorrere in concreto anche degli altri elementi richiesti dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i..

5.2 - Per quanto concerne l'interesse generale alla rimozione in via di autotutela della precedente aggiudicazione, esso è strettamente correlato alla volontà, espressa in principio dall'Amministrazione, di assicurarsi, per lo svolgimento del servizio, il soggetto concorrente che si fosse distinto per un'offerta qualitativamente migliore, anche a costo di pagare per lo stesso un prezzo maggiore; a tale esigenza si correla automaticamente l'individuazione della formula matematica in questione per la valutazione dell'offerta economica, in grado di non determinare consistenti differenze di punteggio per detta offerta.

Pertanto l'eliminazione dell'illegittimità non è fine a sé stessa, ma risponde anche al suddetto interesse pubblico.

5.3 – Proprio per quanto appena rimarcato, nessuna rilevanza può quindi assumere la circostanza secondo cui con l'attribuzione del servizio alla controinteressata l'Amministrazione avrebbe dovuto sopportare una spesa maggiore di quella che avrebbe invece sostenuto in caso di prosieguo con la ricorrente medesima, da quest'ultima posta in evidenza, per affermare

l'insussistenza nella specie di un interesse generale all'adozione del provvedimento in via di autotutela.

5.4 - Non può neppure fondatamente affermarsi che il provvedimento di secondo grado sia stato emesso oltre un tempo ragionevole: infatti, dopo meno di tre mesi dall'inizio dell'esecuzione del servizio da parte della ricorrente Jupiter 64 S.r.l., quest'ultima era già stata resa edotta della volontà dell'Amministrazione di procedere nel senso della sua adozione.

5.5 - Conseguentemente non sussiste la dedotta violazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 e s.m.i..

6 - Proprio in quanto fondato su corretti presupposti, appare legittima l'adozione del provvedimento *de quo*, nonostante le osservazioni di tenore opposto presentate da Jupiter 64 in sede endoprocedimentale.

6.1 - In particolare, non si ravvisa la violazione delle norme in materia di partecipazione contenute nella legge n. 241/1990: infatti dette osservazioni non hanno condotto all'emanazione di un provvedimento differente proprio in quanto non apparivano corrette e idonee in tal senso.

7 - Conseguentemente è legittima la revoca (*rectius*: l'annullamento) in via di autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto a EKV S.r.l., quindi a Jupiter 64 S.r.l..

8 - Non vale neppure in contrario il rilievo, contenuto in ricorso, secondo cui il provvedimento di aggiudicazione, oggetto di ritiro in via di autotutela, fosse rimasto inoppugnato.

In questo caso si è, infatti, in presenza di un annullamento d'ufficio, seppure adottato solo all'esito di un procedimento iniziato a seguito di segnalazione di soggetto interessato, per cui non può incidere, ai fini della sua legittimità o meno, il superamento del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto che ne costituisce l'oggetto. In altre parole non può opporsi all'annullamento d'ufficio il consolidamento di posizioni giuridiche, per effetto della mancata impugnazione nel termine decadenziale dell'atto che ne è stato colpito, essendo espressione del potere sussistente in capo all'Amministrazione, il cui

esercizio soggiace al solo ricorrere delle condizioni ex art. 21 nonies della legge n. 241 citata.

9 - Il provvedimento risulta invece illegittimo nella parte in cui dispone l'aggiudicazione in favore di Unisecur S.r.l., in assenza del controllo dei requisiti in capo all'originaria concorrente Travis Group Security S.r.l..

9.1 - Occorre in primo luogo evidenziare che, come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 20.7.2015, che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

Tale previsione è a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione.

9.1 - Fatta questa dovuta puntualizzazione, deve altresì considerarsi che, pur avendo la Travis sin dall'8 maggio 2017 stipulato un contratto d'affitto d'azienda con Unisecur S.r.l., comprendente anche il servizio oggetto della procedura qui in esame, tuttavia la decorrenza dell'efficacia del contratto *de quo* era indicata nel rilascio, da parte della Prefettura di Roma, del titolo di polizia a favore dell'affittuario nonché da dall'ottenimento delle licenze e concessioni per l'esercizio dell'attività di vigilanza. Quindi era la Travis la

Società partecipante alla procedura negoziata che ha poi trasferito a Unisecur il servizio *de quo*.

9.2 - Ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.lgs n. 50/2016: *“Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.”*

Quindi, in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario, che è qui rappresentato da Travis Group Security S.r.l.

9.3 - Pertanto anche nelle procedure negoziate svolte facendo ricorso al MEPA si applica la previsione dell'art. 32, di cui in ricorso si assume la violazione, che dispone: *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.”*

9.4 - In questo caso è pacifico che ciò non è stato fatto, essendo stata la verifica in parola esperita solo rispetto all'affittuaria Unisecur S.r.l.

9.5 - Ne deriva che il provvedimento censurato in questa sede è illegittimo *in parte qua*, laddove dispone l'aggiudicazione nei confronti di quest'ultima, nella sua qualità di affittuaria, senza aver prima accertato il mantenimento dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs n. 50/2016 in capo a Travis Group Security S.r.l.

10 - Roma Capitale è quindi tenuta ad eseguire tale accertamento e, solo in caso esito positivo, può disporre l'aggiudicazione nei confronti di Unisecur, nella sua qualità di affittuaria di azienda (ipotesi 1).

10.1 - In caso di esito negativo invece, stante la previsione della *lex specialis* secondo cui il servizio sarebbe stato aggiudicato anche in presenza di una sola

offerta valida, essa dovrà adottare un nuovo provvedimento di aggiudicazione in favore di Jupiter 64, sempre che in capo alla stessa e alla sua dante causa risulti la permanenza dei requisiti (ipotesi 2).

11 - Per quanto concerne la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, osservandosi come essa sia stata proposta solo in via subordinata, va detto che certamente nessun danno si registrerebbe qualora in concreto si verificasse l'ipotesi in ultimo indicata.

11.1 - Nel caso in cui invece l'aggiudicazione fosse disposta in favore della Società controinteressata, si ravvisa un danno derivante dall'attività posta in essere dall'Amministrazione, nella misura di seguito indicata.

11.2 - Sussiste anche l'elemento della colpa, sotto forma di negligenza, nel comportamento tenuto da quest'ultima, che ha erroneamente applicato una formula matematica diversa da quella indicata nella *lex specialis* e, solo successivamente, su segnalazione della Unisecur, peraltro a servizio iniziato, se ne è avveduta.

12 - Nel caso in cui si verifichi in concreto la seconda delle prospettate ipotesi, il risarcimento deve essere soddisfatto nei limiti e nella misura in cui, in particolare, i costi sopportati siano certamente riferibili alla partecipazione alla gara *de qua* e all'approntamento dei mezzi per l'esecuzione del contratto stipulato a valle.

12.1 - In proposito, con specifico riguardo alla fattura relativa all'acquisto dei materiali datata 30 marzo 2018, qui allegata, non emerge con chiarezza se effettivamente detti materiali siano stati acquistati per essere utilizzati per l'esecuzione dell'appalto *de quo* ed unicamente per detta finalità.

Perciò la parte ricorrente sarebbe in tal caso onerata di provare tale esclusiva riferibilità o comunque la parte alla stessa riferibile.

12.2 - Deve poi decurtarsi la quota imputabile alla parziale concreta esecuzione delle prestazioni di cui si compone il servizio oggetto di affidamento, da parte della ricorrente.

13 - Per quanto concerne la perdita di *chance*, occorre in primo luogo rimarcare che la ricorrente non ha preso parte alla procedura negoziata, ma ha acquisito il contratto a seguito di cessione di ramo d'azienda.

Inoltre deve considerarsi che la stessa ha conseguito l'utile in relazione alla porzione temporale di svolgimento del servizio stesso sino alla consegna al nuovo aggiudicatario, per cui risulta al riguardo già ampiamente ripagata.

14 - Deve concludersi che il ricorso è parzialmente fondato e deve accogliersi *in parte qua*, nei limiti suindicati, con annullamento parziale del provvedimento in data 26 luglio 2018 indicato in epigrafe ed obbligo, per l'Amministrazione, di dare seguito a tutti i derivanti obblighi in precedenza imposti.

15 – Infine, in ragione della peculiarità e complessità della vicenda analizzata, si ravvisano i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie parzialmente, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2019, con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Rita Tricarico

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO