

Pubblicato il 04/02/2022

N. 00796/2022REG.PROV.COLL.
N. 05040/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5040 del 2021, proposto da Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Policlinico Riuniti Azienda Ospedaliero-Universitaria di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Simonetta Mastropieri, Loredana Papa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

International Security Service Vigilanza S.p.A. in proprio e quale mandante Rti, Securpool S.r.l. in proprio e quale mandante Rti, non costituiti in giudizio; Vis S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Nilo, Giorgio Fraccastoro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via Piemonte, n. 39;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 859/2021, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della procedura negoziata per "l'affidamento quinquennale dei servizi integrati di vigilanza armata, di portierato/reception dei beni immobili e delle strutture dell'Azienda ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia e del servizio di prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vis S.p.A. e di Policlinico Riuniti Azienda Ospedaliero-Universitaria di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con Determinazione del Direttore dell'Area Gestione del Patrimonio n. 2366 del 17.07.2020 è stata indetta la procedura negoziata ex artt. 4 e 140, in combinato con l'art. 63, co. 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/16, per l'affidamento quinquennale dei "Servizi integrati" di Vigilanza Armata, di Portierato/Reception dei beni immobili e delle strutture dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia e del Servizio di Prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua, per l'importo complessivo a base d'asta di euro 17.781.932,50, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Avendo ad oggetto l'affidamento anche di servizi disciplinati dal TULPS (vigilanza armata, nonché prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua), l'art. 5.2 Disciplinare richiedeva quale requisito di idoneità professionale il possesso di idonea licenza prefettizia ex art. 134 TULPS con

la precisazione che ai sensi del successivo art. 5.5, in caso di partecipazione in raggruppamento, la licenza, “per le classi funzionali che includano i servizi previsti”, avrebbe dovuto essere posseduta dalle imprese che avrebbero svolto i servizi medesimi.

Quanto alla capacità economica e finanziaria, tra i requisiti richiesti l’art. 5.3 Disciplinare annoverava anche “il fatturato globale complessivo ed il fatturato specifico nel settore della vigilanza armata, riferito agli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti dalla data di pubblicazione della procedura” (2017-2018-2019), “non inferiore all’importo annuale stimato a base di gara dell’appalto, pari ad € 2.180.434”. Analoga prescrizione valeva per il “settore del portierato/reception”, con un fatturato medio specifico “non inferiore all’importo annuale stimato a base di gara dell’appalto, pari ad € 1.303.232,50”, nonché per il settore del “prelievo trasporto e scorta valori”, con un fatturato medio specifico “non inferiore all’importo annuale stimato a base di gara dell’appalto, pari ad € 72.720,00”. Come espressamente specificato, la richiesta dei suddetti fatturati minimi era volta a “garantire l’Amministrazione che i concorrenti possiedano una organizzazione aziendale che permetta loro di svolgere adeguatamente le prestazioni oggetto della gara vista la consistenza delle strutture e visto l’importo complessivo posto a base di gara”.

Anche in tal caso, peraltro, il Disciplinare recava specifiche disposizioni in caso di partecipazione in RTI, stabilendo che il fatturato specifico avrebbe dovuto essere posseduto nel suo complesso dal raggruppamento “con riferimento alle percentuali che ciascun componente del raggruppamento intende assumere”, fermo restando in ogni caso che “la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

La lex specialis richiedeva altresì, a titolo di capacità tecnica e professionale, il possesso di un organico medio, nell’ultimo triennio antecedente alla pubblicazione del Bando, non inferiore a 150 Guardie Particolari Giurate unità, nonché a 100 operatori addetti al servizio di portierato/reception

(OPR). Anche in tal caso, ai sensi dell'art. 5.5 Disciplinare, il requisito avrebbe dovuto essere “posseduto dalle imprese raggruppate nel loro complesso con riferimento alle percentuali che ciascuno componente del raggruppamento intende assumere”, e in ogni caso “dalla mandataria almeno nella misura minima del 50% e, comunque, in misura maggioritaria”.

Sempre a titolo di capacità tecnica e professionale, i concorrenti avrebbero dovuto attestare di avere eseguito con buon esito, o avere in corso di esecuzione, nell'ultimo triennio antecedente alla gara, contratti per servizi di vigilanza armata, portierato/reception e trasporto valori, di cui almeno 2 contratti svolti in favore di PP.AA. o Organismo di diritto pubblico.

Come già rilevato, l'appalto riguardava l'affidamento dei seguenti servizi integrati qualificati come prestazione principale e secondarie:

- a) di vigilanza armata (prestazione principale);
- b) di portierato/reception (prestazione secondaria);
- c) di trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua (prestazione secondaria).

2. – Ha presentato domanda di partecipazione alla gara la società Cosmopol S.p.A., gestore attuale del servizio, quale mandataria di RTI con mandante Nuova Itapol S.r.l. Alla gara ha partecipato anche il raggruppamento con mandataria VIS S.p.A. e mandanti ISSV S.p.A. e Securpool S.r.l.

All'esito della procedura selettiva si è classificata al primo posto il RTI Vis s.p.a. con punti 96,57 (di cui punti 70 per l'offerta tecnica e punti 26,57 per quella economica) seguita dal RTI Cosmopol, odierno appellante, con punti 82,86 punti (di cui punti 55,30 per l'offerta tecnica e punti 27,56 per quella economica).

È stata svolta la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta della prima classificata che si è conclusa con il giudizio di congruità.

2.1 - Con determinazione del Direttore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria “Ospedali Riuniti” di Foggia n. 749 del 22 febbraio 2021 la gara è stata aggiudicata in favore del RTI Vis.

2.2 – Cosmopol S.p.A. (in seguito Cosmopol) ha impugnato tale provvedimento unitamente agli atti del procedimento dinanzi al TAR per la Puglia, articolando numerose censure.

2.3 - Si sono costituite la stazione appaltante e la parte controinteressata per resistere all'impugnativa.

3. - Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso.

4. - Avverso tale decisione la ricorrente ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza impugnata e, quindi, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, e la declaratoria di inefficacia del contratto intercorso tra le parti, con richiesta di subentro.

4.1 - Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata che hanno replicato ai motivi di appello chiedendone il rigetto.

4.2 – Con decreto presidenziale n. 2967/21 l'istanza cautelare è stata accolta; tale provvedimento è stato confermato con ordinanza n. 3404/2021.

4.3 - In prossimità dell'udienza le parti hanno depositato memorie difensive e di replica a sostegno delle rispettive tesi.

5. - All'udienza pubblica del 21 dicembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L'appello è fondato e va, dunque, accolto.

7. - Con il primo motivo l'appellante ha censurato il capo di sentenza che ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stata dedotta la censura di "Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 83, co. 8, D.Lgs. n. 50/16. Violazione della disciplina di gara. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per radicale carenza dei presupposti" sostenendo che il RTI Vis avrebbe dovuto essere escluso per violazione degli artt. 48 e 83, co. 9, D.Lgs. n. 50/16 in materia di partecipazione dei raggruppamenti di imprese alle gare pubbliche, e di suddivisione tra mandataria e mandanti delle quote di partecipazione e di esecuzione dell'appalto, nonché di qualificazione.

Cosmopol ha dedotto che RTI Vis, aggiudicatario del servizio, ha partecipato alla procedura in raggruppamento misto, articolato in sub-raggruppamenti di

tipo orizzontale per la prestazione principale e per ciascuna delle prestazioni secondarie in gara.

Con specifico riferimento al servizio di prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua, la mandataria VIS e la mandante Securpool hanno assunto una quota paritaria al 50%, così contravvenendo alla prescrizione ex art. 83, co. 8, D.Lgs. n. 50/16, a norma di cui “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

In sintesi, secondo l'appellante, l'aggiudicataria ha partecipato alla gara con un raggruppamento di tipo misto, con più raggruppamenti di tipo orizzontale per la prestazione principale e quelle secondarie; all'interno del sub-raggruppamento orizzontale, relativo alla prestazione secondaria relativa al trasporto valori, ha omesso di indicare la sub-mandataria, in quanto le due società incaricate dello svolgimento del servizio ne hanno assunto il 50% per ciascuna.

Ciò avrebbe dovuto condurre all'esclusione del RTI Vis dalla gara per violazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. 50/2016.

7.1 - Il TAR ha respinto tale doglianza rilevando che:

- la gara aveva ad oggetto tre servizi tra loro “integrati” (vigilanza armata; portierato/reception; prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua) il primo dei quali considerato prestazione principale, gli altri due considerati prestazioni secondarie;
- si trattava di servizi complementari ed inscindibili tra loro, da assegnarsi ad un solo contraente;
- la mandataria Vis si era impegnata a prestare il 52% della prestazione principale di vigilanza armata;
- la mandataria sarebbe stata, quindi, identificata (trattandosi dell'impresa che esegue la quota maggioritaria delle lavorazioni della categoria prevalente).

7.2 - Secondo il TAR, inoltre, Cosmopol avrebbe sostenuto che la mandataria avrebbe dovuto detenere ed eseguire anche la quota maggioritaria dell'intero appalto: tale tesi è stata ritenuta non condivisibile facendo riferimento al

principio di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese e sostenendo, quindi, che nei raggruppamenti misti – “ai fini della legittima partecipazione alla gara, la capogruppo mandataria debba essere qualificata ed eseguire in misura maggioritaria in relazione al servizio principale indipendentemente e a prescindere dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento, un'altra impresa mandante che esegua prestazioni relative a una o più attività secondarie, il cui valore complessivo sia uguale o superiore a quello dei servizi svolti dalla stessa mandataria e ciò essenzialmente per il rispetto di un evidente principio di autoorganizzazione imprenditoriale nell'individuazione delle modalità di partecipazione alle gare che, ove diversamente si opinasse, resterebbe inevitabilmente conculcato”.

8. - Ha dedotto l'appellante che il TAR avrebbe travisato la censura, avendo pronunciato su una doglianza diversa, non dedotta in giudizio, quella secondo cui la complessiva mandataria dell'ATI avrebbe dovuto assumere il ruolo di mandataria, fornendo la prestazione maggioritaria nel sub- raggruppamento.

8.1 - La prospettazione è condivisibile: dalla disamina del ricorso emerge in modo chiaro che il motivo proposto si riferiva alla circostanza che nel sub- raggruppamento nessuna delle due imprese incaricate dello svolgimento del servizio aveva assunto il necessaria ruolo di mandataria, assumendone la esecuzione per quota maggioritaria, avendo le due imprese assunto in misura paritaria (50%) il relativo servizio.

La statuizione del TAR sullo specifico punto è quindi inconferente; la tesi secondo cui rileverebbe il solo aspetto dello svolgimento della prestazione principale in via maggioritaria, tenuto conto del principio di autoorganizzazione delle imprese e dell'unicità del servizio posto a base di gara, non risulta, invece, convincente alla stregua dei principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, richiamati, da ultimo, anche dall'ANAC nella delibera n. 499 del 21 giugno 2021.

8.2 - Il RTI Vis ha partecipato mediante un raggruppamento di tipo misto (possibile perché la stazione appaltante aveva ben distinto la prestazione

principale da quelle secondarie); all'interno di queste ultime, ed in particolare all'interno della prestazione secondaria relativa al servizio di prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua, ha strutturato un sub-raggruppamento di tipo orizzontale.

Secondo il costante insegnamento della giurisprudenza (Cons. Stato, VI, n. 5919/2018; Cons. Stato, V, n. 5427/2019; TAR Sardegna, I, n. 150/2020; Cons. Stato, V, n. 7751/2020), in caso di raggruppamento misto, in assenza di una disposizione speciale derogatoria, ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che, per il sub-raggruppamento orizzontale, trovano applicazione le regole stabilite per tale tipologia di raggruppamenti.

Pertanto, al raggruppamento misto si applicano sia le regole dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda della componente che ne venga in rilievo (cfr., ex plurimis, Cons. St., Sez. V, n. 5427/19 e le ivi richiamate Cons. St., Sez. V, n. 3769/15; CGA n. 251/05), con la conseguenza che nel sub-raggruppamento orizzontale per la prestazione secondaria una delle imprese (in ipotesi anche diversa dalla mandataria complessiva) deve assumere il servizio in quota maggioritaria, assumendo per tale parte il ruolo di "sub-mandataria" in quanto relativa appunto al sub-raggruppamento.

Risulta infatti applicabile al sub-raggruppamento la disciplina recata per i raggruppamenti orizzontali, e dunque, la previsione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016, riferibile anche agli appalti di servizi.

La giurisprudenza ritiene quindi necessario che il sub-raggruppamento orizzontale sia dotato di una capogruppo mandataria, identificabile eventualmente anche in via implicita dalla maggior quota di partecipazione ed esecuzione. Tale mandataria deve assicurare tutti gli attributi propri della mandataria di un raggruppamento. Conseguentemente, in caso di sub-raggruppamento orizzontale caratterizzato dalle quote paritarie al 50% di

ciascuna delle componenti, non può considerarsi soddisfatto l'obbligo di designazione di una mandataria e il sub-raggruppamento risulta “strutturato in senso difforme rispetto all'obbligo della stessa mandataria di assunzione dei requisiti ed esecuzione in misura maggioritaria rispetto alle mandanti” (Cons. Stato, V, n. 5427/2019; in termini anche Cons. Stato, V, n. 400/2021);

8.3 - Ebbene, con specifico riferimento al servizio di prelievo, trasporto, scorta, contazione valori e cassa continua, la mandataria VIS e la mandante Securpool hanno assunto una quota paritaria al 50%, così contravvenendo alla prescrizione ex art. 83, co. 8, D.Lgs. n. 50/16, a norma di cui “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”; il legislatore, infatti, ha inteso “limitare la partecipazione della mandante nel senso che questa non può comunque mai equivalere a quella della mandataria” (Cons. St., Sez. V, n. 400 del 12.01.2021; nello stesso senso, cfr. Cons. St., Sez. V, n. 1074 del 12.02.2020).

In un caso analogo a quello in questione la giurisprudenza (Cons. St., Sez. V, n. 5427/19) ha ritenuto che, in un caso di attribuzione della prestazione in misura pari al 50% tra due imprese “s'è in presenza infatti di un'associazione di tipo misto nella quale il sub-raggruppamento orizzontale risulta privo di propria mandataria e dunque strutturato in senso difforme rispetto all'obbligo della stessa mandataria di assunzione dei requisiti ed esecuzione in misura maggiore rispetto alle mandanti”; già in precedenza, cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 5919/18; Tar Salerno, Sez. I, n. 773/19; determinazione AVCP n. 4/12; da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 2573/2021 n. 2526, delibera ANAC n. 499/2021). Analogo principio è stato affermato dal CGA nella sentenza n. 713 del 16/7/2021).

8.4 - Il vizio di costituzione non è passibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio, comportando una inammissibile “modifica sostanziale della offerta, tale dovendosi ritenere la diversa ripartizione delle quote tra le componenti il raggruppamento” (Cons. St., Sez. V, n. 1074 del 12.02.2020).

8.5 - Le difese delle parti appellate dirette a sottolineare l'inapplicabilità dei principi sopra richiamati in quanto valevoli per gli appalti di lavori, e non estensibili agli appalti di servizi, non sono persuasive alla luce dei precedenti prima richiamati, ai quali occorre aggiungere il parere n. 855/2016 di questo Consiglio di Stato.

8.6 - Quanto all'unitarietà del servizio posto a base di gara, è sufficiente rilevare che la stazione appaltante lo ha espressamente suddiviso in prestazioni prevalente e secondarie (art. 3), individuando per ciascuna di esse i relativi importi economici su cui i concorrenti avrebbero dovuto formulare distinti ribassi economici con attribuzione di distinti punteggi (art. 16 e 17 del disciplinare).

Il principio dell'unicità del servizio non toglie rilievo ai principi costantemente richiamati dalla giurisprudenza (cfr. sul punto delibera ANAC n. 499/21).

9. - Va dunque accolto il primo motivo di appello con assorbimento degli ulteriori motivi.

10. - Vis nella propria memoria di costituzione ha riproposto i motivi di ricorso incidentale di primo grado diretti ad ottenere l'esclusione di Cosmopol dalla gara.

L'appellante ha eccepito l'inammissibilità di tali doglianze rilevando che il ricorso incidentale di primo grado è stato notificato dopo che la causa era stata trattenuta in decisione; tale ricorso è stato poi depositato il giorno dopo la pubblicazione della sentenza.

Nella sentenza appellata non vi è alcun riferimento al ricorso incidentale.

10.1 - L'eccezione è fondata.

Dalla disamina del fascicolo di primo grado si evince che il ricorso incidentale è stato notificato il 28 aprile 2021 dopo il passaggio in decisione della causa dinanzi al TAR, avvenuto il 27 aprile 2021; tale ricorso è stato depositato il 13 maggio 2021 (stesso giorno della pubblicazione della sentenza di primo grado): è del tutto evidente che il deposito del ricorso incidentale non può avvenire successivamente al passaggio in decisione della causa e, ove ciò

avvenga, debba considerarsi tamquam non esset con conseguente insussistenza dell'obbligo di pronuncia da parte del giudice (che infatti non ne ha fatto cenno in sentenza), non potendosi modificare la situazione processuale cristallizzatasi con il passaggio in decisione della causa (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 6949/19; Sez. VI n. 965/19).

Non essendo state ritualmente sollevate in primo grado, queste doglianze che ampliamo l'oggetto del giudizio devono ritenersi inammissibili.

11. - In conclusione, per i suesposti motivi l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata:

- va accolto il ricorso di primo grado e, quindi, va annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI Vis, impugnato in primo grado, tenuto conto che tale concorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per le ragioni espresse in motivazione;

- va accolta anche la domanda proposta dalla ricorrente in primo grado, e reiterata in appello, relativa alla declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato tra tale raggruppamento e l'Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia; da quanto risulta agli atti di causa tale contratto non ha avuto ancora esecuzione e, dunque, è possibile disporre il subentro dell'appellante.

12. - Le spese del doppio grado possono compensarsi tra le parti in considerazione della particolarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado e dichiara inefficace il contratto stipulato tra la stazione appaltante ed il RTI aggiudicatario, disponendo il subentro dell'appellante.

Spese del doppio grado compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO