

Pubblicato il 02/01/2024

N. 00029/2024REG.PROV.COLL.
N. 07203/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7203 del 2023, proposto in relazione alla procedura CIG 93311146DD da

S.R.L. Itapol Vigilanza in proprio e quale mandataria Rti con Sicuritalia Ivri Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovan Candido Di Gioia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sport e Salute S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Roma, via Vittoria Colonna n. 32;

nei confronti

Sevitalia Sicurezza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Lanzaro, Alessandro Bonanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Roma, via G. Mercalli 13;

Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11009/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sport e Salute S.p.A., Sevitalia Sicurezza S.r.l. e Cosmopol S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto per servizi di portierato e vigilanza di alcuni impianti pubblici sportivi rientranti nella gestione Sport e Salute s.p.a..

2. L'attuale gestore del servizio (ITALPOL) si classificava al terzo posto della gara ed impugnava gli esiti della gara stessa dinanzi al TAR Lazio che rigettava tuttavia il gravame per le ragioni di seguito sintetizzate:

2.1. La mancata sottoscrizione delle due segretarie della commissione di gara, in occasione di due verbali, costituisce mera irregolarità, tenuto anche conto che il codice dei contratti non impone alcuna formalità in tal senso;

2.2. La valutazione di anomalia poteva ben essere condotta dal solo RUP senza il necessario ausilio della commissione giudicatrice (costituendo tale ausilio una mera eventualità);

2.3. Le ritenute incongruenze del giudizio di anomalia (riferito alla sola prima classificata) sono state evidenziate in modo del tutto generico.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di seguito indicati:

3.1. Erroneità nella parte in cui il TAR non ha riunito tale giudizio con quello instaurato dalla seconda classificata COSMOPOL avverso gli stessi atti di gara ossia nei confronti della aggiudicazione in favore di SEVITALIA;

3.2. Erroneità nella parte in cui, contravvenendo alle disposizioni di gara, i verbali della commissione di gara sarebbero stati redatti ma non anche firmati dai segretari di commissione. Si tratterebbe in particolare dei verbali del 3 marzo 2023, del 21 marzo 2023 e del 23 marzo 2023 (cfr. pag. 9 atto di appello);

3.3. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stata rilevata la violazione dell'autovincolo che la SA avrebbe formato con verbale in data 13 aprile 2023, laddove il RUP ha manifestato l'intenzione di volersi avvalere del supporto della commissione di gara ai fini della valutazione di anomalia delle offerte. Supporto che poi in concreto non vi sarebbe stato, visto che il RUP avrebbe operato in autonomia;

3.4. Erroneità nella parte in cui è stata ritenuta generica la censura riguardante il giudizio di anomalia espresso dalla SA in ordine all'offerta economica della prima classificata.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata stazione appaltante nonché le prime due classificate per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. In particolare la difesa della amministrazione aggiudicatrice riproponeva la sollevata eccezione di inammissibilità del gravame per omessa dimostrazione della c.d. "prova di resistenza", non avendo la difesa di parte appellante allegato sufficienti elementi onde dimostrare che avrebbe scavalcato la seconda classificata COSMOPOL.

5. Alla pubblica udienza del 23 dicembre 2023 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso va innanzitutto rilevato, in relazione alla riproposta eccezione di inammissibilità del gravame, che la stessa debba essere

circostritta alla sola quarta ed ultima censura (in occasione della quale, in effetti, la difesa di parte appellante non muove alcuna contestazione in ordine alla posizione di Cosmopol), mentre la seconda e la terza censura (la prima formulata in questa sede riguarda invece un errore di procedura del TAR) si attestano sul *modus procedendi* della commissione di gara e della stazione appaltante più in generale: trattasi in particolare di contestazioni che, ove ritenute condivisibili, potrebbero portare all'annullamento dell'intera gara e dunque alla sua conseguente ripetizione. Di qui il parziale rigetto, nei termini di cui sopra, della ridetta eccezione di rito. In occasione dell'esame dell'ultimo motivo di appello si provvederanno poi ad esaminare i residui effetti di tale eccezione.

7. Nel merito l'appello è comunque infondato dal momento che:

7.1. Quanto alla mancata riunione in primo grado con il ricorso della seconda classificata COSMOPOL (avverso gli stessi atti della procedura di gara), osserva il collegio come il lamentato vizio di procedura non sussista dal momento che, per giurisprudenza pacifica, la riunione dei ricorsi connessi sul piano oggettivo rientra nella piena discrezionalità del giudice. Si veda, in proposito: Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2022, n. 1582, secondo cui: *“nel processo amministrativo la riunione dei ricorsi connessi attiene ad una scelta facoltativa e discrezionale del giudice, come si desume dalla formulazione testuale dell'art. 70 c.p.a., con le conseguenze che i provvedimenti adottati al riguardo hanno carattere meramente ordinatorio, sono privi di valenza decisoria e restano pertanto insindacabili in sede di gravame con l'unica eccezione del caso in cui la medesima domanda sia proposta con due distinti ricorsi dinanzi al medesimo giudice. La riunione di ricorsi legati da vincoli di connessione soggettiva od oggettiva non è dunque mai obbligatoria e resta rimessa ad una valutazione di mera opportunità, afferente a ragioni di economia processuale, della loro trattazione congiunta, sicché la mancata adozione della relativa disposizione ordinatoria sfugge a qualsivoglia sindacato in sede di appello (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2018, n. 4071), salvo il limite della abnormità”*. Ed ancora Cons. Stato, sez. III, 30 settembre 2020, n. 5746 (richiamata tra l'altro proprio dalla difesa di parte

appellante), secondo cui: *“La riunione di ricorsi legati da vincoli di connessione soggettiva od oggettiva (tranne nell'ipotesi sopra richiamata di cui all'art. 96, comma 1, c.p.a.) non è, dunque, mai obbligatoria e resta rimessa ad una valutazione di mera opportunità, afferente a ragioni di economia processuale, della loro trattazione congiunta, sicché la mancata adozione della relativa disposizione ordinatoria sfugge a qualsivoglia sindacato in sede di appello salvo il limite della abnormità (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2018 n. 4071 e 22 febbraio 2018n. 1119)”*. Infine Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2020, n. 2175, secondo cui: *“La riunione di ricorsi legati da vincoli di connessione soggettiva od oggettiva (tranne nell'ipotesi sopra richiamata di cui all'art. 96, comma 1, c.p.a.) non è, dunque, mai obbligatoria e resta rimessa ad una valutazione di mera opportunità, afferente a ragioni di economia processuale, della loro trattazione congiunta, sicché la mancata adozione della relativa disposizione ordinatoria sfugge a qualsivoglia sindacato in sede di appello salvo il limite della abnormità (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2018 n. 4071 e 22 febbraio 2018n. 1119)”*. Di qui il rigetto della specifica censura, atteso che alcuna “abnormità” è rinvenibile nel caso di specie (il ricorso di COSMOPOL si fonda tra l'altro su ragioni in gran parte differenti rispetto a quello qui propugnato).

7.2. Si lamenta poi, con il secondo dei motivi, che tre verbali della commissione di gara non sarebbero stati firmati anche dalle due segretarie che assistevano la commissione. Al riguardo osserva il collegio che:

7.2.1. Il motivo non può trovare ingresso in quanto, come correttamente evidenziato dal giudice di primo grado, nessuna norma del codice dei contratti *ratione temporis* vigente impone, in effetti, una simile formalità;

7.2.2. Inoltre il provvedimento in data 1° febbraio 2023, con cui si nominavano i membri della commissione e si fissavano alcune delle regole di funzionamento della commissione, così stabiliva: *“La Commissione giudicatrice avrà il compito di svolgere le operazioni di gara nel rispetto delle norme di gara, redigendo, per il tramite dei segretari, appositi verbali”*. Dunque si prevedeva che il segretario di commissione dovesse “redigere” il verbale e non anche necessariamente siglarlo o firmarlo. Adempimento questo che ben avrebbe potuto essere

svolto dai commissari (come in effetti è stato) la cui sigla in calce al verbale di gara, per il ruolo e la funzione rivestita dai commissari stessi, è senz'altro idonea ad attestare, in via assorbente, la effettiva provenienza dell'atto da parte della commissione stessa;

7.2.3. In ogni caso non è contestata la *provenienza* di tali verbali dalla commissione di gara. Si veda al riguardo la pacifica giurisprudenza sulla assenza di firma dei provvedimenti tributari o amministrativi in generale secondo cui, più da vicino: *“Sebbene la firma apposta in calce ad un provvedimento o ad un atto amministrativo costituisce lo strumento per la sua concreta attribuibilità, psichica e giuridica, all'agente amministrativo che risulta averlo formalmente adottato, è pur vero che la giurisprudenza ha recentemente (e condivisibilmente) osservato, anche in omaggio al più generale principio di correttezza e buona fede cui debbono essere improntati i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino, che non solo la "non leggibilità" della firma, ma anche la stessa autografia della sottoscrizione non possono costituire requisiti di validità dell'atto amministrativo, ove concorrano elementi testuali (indicazione dell'ente competente, qualifica, ufficio di appartenenza del funzionario che ha adottato la determinazione, emergenti anche dal complesso dei documenti che lo accompagnano), che permettono di individuare la sua sicura provenienza (C.d.S., sez. IV, 7 luglio 200, n. 4356; sez. VI, 29 luglio 2009, n. 4712); è stato anche rilevato (Cass. sez. lav., 10 giugno 2009, n. 13375) che l'atto amministrativo esiste come tale allorché i dati emergenti dal procedimento amministrativo consentano comunque di ritenerne la sicura provenienza dall'amministrazione e la sua attribuibilità a chi deve esserne l'autore secondo le norme positive, salva la facoltà dell'interessato di chiedere al giudice l'accertamento dell'effettiva provenienza dell'atto stesso dal soggetto autorizzato a firmarlo”* (Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3119). Elementi questi (indicazione ente competente, qualifica, ufficio, etc.) che nel caso di specie non solo risultano ad una attenta lettura dei verbali in contestazione ma che, come già anticipato, neppure hanno formato oggetto di più specifica contestazione da parte della difesa di parte appellante;

7.2.4. Per tutte le ragioni che precedono anche il secondo motivo di appello deve pertanto essere rigettato.

7.3. Con il terzo motivo di appello si lamenta, inoltre, che il RUP non si sarebbe fatto effettivamente assistere dalla commissione di gara per la valutazione di anomalia dell'offerta formulata dalla prima classificata. Al riguardo si osserva che:

7.3.1. La norma primaria del codice dei contratti prevede una mera facoltà in tal senso. La giurisprudenza ha avuto al riguardo avuto modo di rilevare che: *“Per principio generale il giudizio di congruità delle offerte è riservato alla competenza del RUP il quale può decidere di avvalersi o di delegare, a tal fine, la commissione di gara (Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6784; Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2021, n. 3709; Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2021, n. 3710)”* [Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2022, n. 3975];

7.3.2. Anche il disciplinare di gara prevedeva la sola eventualità che il RUP si facesse assistere dal RUP per tale attività. L'art. 23 del richiamato atto di gara prevedeva infatti che: *“Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RPA, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione giudicatrice, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”*. Dunque nessun autovincolo dal disciplinare ma soltanto la mera facoltà del RUP (“se ritenuto necessario”) di avvalersi delle competenze tecniche della commissione di gara;

7.3.3. La difesa di parte appellante afferma che il RUP, con proprio atto del 13 aprile 2023, avrebbe espressamente affermato che per la valutazione di anomalia si sarebbe avvalso della commissione di gara. Di qui il formarsi di un autovincolo che non sarebbe poi stato in effetti osservato. Si rileva tuttavia che, anche ad interpretare l'atto RUP del 13 aprile 2023 alla stregua di autovincolo, con i successivi atti (afferenti al giudizio di anomalia) tale autovincolo è stato sostanzialmente ed implicitamente rimosso nel rispetto del *contrarius actus* ossia mediante provvedimenti dello stesso RUP che, sebbene

per implicito ossia *per facta concludentia* o meglio attraverso altri specifici *atti concludenti* dello stesso organo della PA (quelli riguardanti il concreto giudizio di congruità dell'offerta), hanno in concreto manifestato una intenzione di contrario avviso in tal senso (assistenza della commissione di gara) da parte del medesimo RUP;

7.3.4. Si osserva poi che, con memoria difensiva in data 30 novembre 2023, la difesa di parte appellante contestava altresì il ritardo con cui sarebbero stati prodotti i giustificativi da parte della prima classificata. Trattasi tuttavia di censura per la prima sollevata nel presente giudizio (peraltro con mera memoria difensiva) e dunque radicalmente inammissibile per violazione del divieto di *nova* in appello;

7.3.5. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

7.4. Con ultimo motivo si lamenta che l'offerta della prima classificata non sarebbe sostenibile. Al riguardo si osserva che:

7.4.1. In primo luogo la censura è inammissibile, come correttamente evidenziato dalla difesa dell'amministrazione aggiudicatrice, in quanto si contesta la sola offerta della prima e non anche quella della seconda. La giurisprudenza ha infatti al riguardo affermato che: *"Come noto, l'interesse all'aggiudicazione del terzo classificato sussiste "solo ove risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle spese nei confronti della seconda graduata" (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 972). È invece inammissibile per carenza di interesse il ricorso per l'impugnazione degli atti di gara, con il quale la terza classificata lamenti profili di illegittimità limitatamente alla posizione dell'aggiudicatario (ipotesi alla quale è assimilabile quella in cui le censure investano le posizioni sia del primo che del secondo classificati, ma siano fondate solo nei confronti di uno dei due), in quanto l'accoglimento delle suddette censure determinerebbe uno scorrimento della graduatoria a favore dell'impresa seconda classificata, senza recare una concreta utilità al ricorrente, non essendo ravvisabile in capo al medesimo soggetto neppure un interesse strumentale all'annullamento degli atti ai fini della*

rinnovazione della gara, nella misura in cui i vizi dedotti non si caratterizzino per una generalità tale da determinare l'illegittimità e il travolgimento dell'intera procedura (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2020, n. 7065)” (Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2023, n. 4584). La circostanza, poi, secondo cui la difesa di parte appellante non avrebbe potuto muovere contestazione alcuna in tal senso in quanto la SA non aveva ancora effettuato un giudizio di anomalia anche nei confronti della seconda classificata (cfr. memoria ITALPOL del 30 novembre 2023) non ha pregio in quanto era onere della stessa appellante quello di evidenziare almeno un principio di prova circa la possibilità di intaccare e dunque superare, in qualche misura, la posizione della seconda classificata. La giurisprudenza ha infatti in proposito rilevato che, in siffatte ipotesi, costituisce “preciso e non eludibile onere ... non limitarsi a rilevare ... che l'offerta della seconda classificata era stata sospettata di anomalia dalla Commissione di gara, bensì evidenziare i profili di illegittimità e/o inaffidabilità della stessa che, a suo avviso, non avrebbero potuto trovare giustificazione nel corso dell'eventuale sub-procedimento di verifica, analogamente a quanto fatto per l'offerta della prima classificata” (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3921). Ed ancora che, in simili casi, il ricorso si rivela “inammissibile per difetto di interesse, non avendo a suo tempo la ricorrente - odierna appellante - dedotto alcuna specifica censura in relazione all'offerta della seconda graduata, al fine di dimostrarne, nel contraddittorio della parte ed in modo definitivo, l'inaffidabilità e/o contrarietà con le vigenti norme di legge”. Ebbene, poiché tale “dimostrazione minima” è risultata in questa sede del tutto assente, alla luce di quanto emerge dagli atti del giudizio, ne deriva la ineludibile assenza di prova di resistenza da parte della odierna appellante;

7.4.2. In secondo luogo la censura è inammissibile anche per genericità della relativa formulazione dal momento che si indicano alcune manchevolezze o vizi dell'offerta senza tuttavia mai indicare in che termini, sul piano qualitativo e quantitativo, vi sarebbe un riverbero negativo circa la effettiva sostenibilità dell'offerta economica. La difesa di parte appellante afferma infatti che: “I cinque rilievi contenuti nel terzo motivo riguardo al costo della manodopera

sono specifici ed hanno tutti avuto l'ovvio scopo di abbassare tale costo onde ottenere il maggior punteggio" (pag. 14 atto di appello). Più in particolare, secondo la stessa difesa: a) "L'assorbimento di sole 4 GPG con 1 scatto ha consentito l'offerta economica più bassa di tutti i concorrenti, che ha dato luogo all'attribuzione del punteggio massimo di 30". Manca come è evidente la quantificazione di un simile ritenuto effetto; b) "Lo stesso è a dirsi per l'inserimento, al posto di 9 GPG con un compenso orario notevolmente superiore di 9 Fiduciari. Si consideri al riguardo che l'art. 3 del Disciplinare di Gara (doc. 18), prevede per il servizio di vigilanza armata la tariffa oraria posta a base di gara di € 21,84, mentre per il servizio di portierato, reception ed assistenza prevede la tariffa oraria di € 17,25, con una differenza di ben € 4,61 l'ora". Valgano al riguardo le stesse considerazioni svolte al punto a); c) "Il divisore orario applicato è più favorevole per Sevitalia Sicurezza in quanto richiede minore manodopera". Profilo questo sollevato in via del tutto generica e apodittica, ossia senza indicazione più specifica con riguardo alla concreta applicazione di tale divisore; d) "La mancata aggiudicazione del "minimale contributivo" riduce il costo della contribuzione". Profilo anche questo generico e indeterminato poiché non si chiarisce meglio in cosa consistano presupposti ed effetti di quanto così ellitticamente dichiarato; e) "Per i Fiduciari è stato applicato il costo del FASIU di 120 Euro annuo, invece di quello contrattuale di 144 euro annuo". Anche in questo caso non vengono indicate fonti di tale incongruità e conseguenti effetti in termini concreti.

In conclusione la censura è aspecifica, non vengono indicate le fonti normative e contrattuali eventualmente violate e neppure vengono chiariti i termini qualitativi e soprattutto quantitativi di tali asserite incongruità dell'offerta. La censura, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, è palesemente generica e dunque inammissibile, al di là del tipo di sindacato che può essere in questi casi esercitato. Infatti, trattandosi di discrezionalità tecnica le censure possono essere sollevate solo in termini di palesi errori di fatto oppure di manifesta incongruità della valutazione, aspetti

questi tanto più assenti in considerazione della sopra evidenziata genericità delle censure.

7.4.3. Dunque l'inammissibilità della censura rileva sotto un duplice profilo (difetto di interesse e comunque genericità della formulazione della censura).

8. In conclusione l'appello è infondato e deve essere rigettato. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 3.000 (tremila/00), oltre IVA e CPA e da corrispondere in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO