

In materia di cauzione provvisoria vanno considerati obbligati a prestare la cauzione provvisoria tutti i soggetti che intendono partecipare alla gara, senza esclusione alcuna, perché individualmente responsabili delle dichiarazioni rese.

La cauzione provvisoria deve essere prestata da tutti i soggetti partecipanti, compresi mandanti e mandatari nel caso di raggruppamenti non costituiti, di modo che, ove la cauzione sia prestata a mezzo polizza fideiussoria, la polizza deve essere intestata a tutti i soggetti del costituendo raggruppamento e non solo alla mandataria

Consiglio di Stato, Sez. V, 2/11/2011 n. 5841

REPUBBLICA ITALIANA

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 10662 del 2010, proposto da:

Italpol Vigilanza Milano s.r.l., G.F. Vigilanza Italia s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Ulisse Corea, Giovanni Candido Di Gioia, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso Giovanni Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, 27;

Contro

I.V.R.I. Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con Sicuritalia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 07069/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO PORTIERATO E VIGILANZA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.V.R.I. Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il Cons. Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Di Gioia e Colagrande, per delega dell'Avv. Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto e Diritto

1.- Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. del 14 febbraio 2009, l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano indiceva una procedura aperta per la fornitura del servizio di portierato e vigilanza con guardia GPG, suddiviso in due lotti, occorrente alle aziende ospedaliere Fatebenefratelli e Oftalmico, San Carlo Borromeo e San Paolo di Milano.

2.- La I.V.R.I. s.p.a. (d'ora innanzi IVRI) impugnava il bando di gara, censurando, con riferimento al lotto 2, l'inserimento per il servizio di vigilanza della fornitura, sotto forma di integrazione dei sistemi esistenti, di apparecchiature da acquisirsi necessariamente dalla Valtellina s.p.a., in quanto in violazione degli artt. 68 e 69 del d. lgv. n. 163 del 2006 ed ai principi comunitari e, con riferimento ad entrambi i lotti, le previsioni del capitolato speciale inerenti l'attività del responsabile del servizio di vigilanza.

3.- La gara si svolgeva e, per il lotto 2, presentavano offerta il costituendo raggruppamento tra IVRI s.p.a. e Sicuritalia s.p.a.; il costituendo raggruppamento tra Italpol Vigilanza Milano s.r.l. e G.F. Vigilanza Italia s.r.l. e la All System s.p.a..

La gara veniva aggiudicata, quanto al lotto 1) al costituendo raggruppamento con capogruppo IVRI; quanto al lotto 2) al costituendo raggruppamento tra Italpol Vigilanza Milano s.r.l. e G.F. Vigilanza Italia s.r.l..

4.- La IVRI, con motivi aggiunti impugnava la delibera n. 353 del 10 giugno 2010, limitatamente all'aggiudicazione del lotto 2, deducendo l'illegittimità a causa di presunte plurime violazioni della lex di gara e formulando domanda di subentro nel contratto e di risarcimento del danno, precisando che le domande proposte con i motivi aggiunti dovevano intendersi prospettate in via principale rispetto al ricorso introduttivo che andava considerato in via subordinata.

5.- La Italpol Vigilanza Milano e la G.F. Vigilanza Italia proponevano ricorso incidentale, con il quale deducevano che il raggruppamento ricorrente era stato illegittimamente ammesso alla gara, perché la fideiussione bancaria era stata rilasciata esclusivamente a favore della mandataria IVRI e non anche a favore della mandante Sicuritalia s.p.a., con conseguente violazione dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici espressamente richiamato dalla lex di gara, nonché per violazione dell'art. 38, in quanto la mandante Sicuritalia s.p.a., cessionaria della Sicuritalia Pistoia s.r.l. non avrebbe reso le dichiarazioni obbligatorie per i soggetti dotati di poteri di rappresentanza della società cedente.

6.- Il TAR Lombardia, Milano, con sentenza n. 7069 del 26 ottobre 2010, respingeva il ricorso incidentale di Itapol; respingeva i motivi aggiunti di IVRI e accoglieva il ricorso introduttivo di IVRI e, per l'effetto, annullava il bando e tutti gli atti di gara limitatamente al lotto 2.

7.- La Itapol Vigilanza Milano s.r.l. e G.F. Vigilanza Italia s.r.l. (d'ora innanzi, solamente Itapol e G.F.) hanno impugnato la suddetta sentenza, chiedendone l'annullamento o la riforma.

Esse appellanti chiedono che in riforma della suddetta sentenza, sia accolto il ricorso incidentale con conseguente improcedibilità dell'azione proposta da IVRI per carenza di interesse, ovvero siano respinti nel merito il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti di IVRI perché infondati in fatto e in diritto.

8.- Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 12 luglio 2011, il giudizio è stato assunto in decisione.

9.- L'appello è fondato e va accolto.

10.- Va esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale di primo grado, essendo con esso contestata la legittimazione della ricorrente principale, mediante la censura in ordine all'illegittima sua ammissione alla gara.

Con il ricorso incidentale, le appellanti assumevano, infatti, che il raggruppamento IVRI - Sicuritalia doveva essere escluso dalla gara per inidoneità della cauzione provvisoria prodotta dal suddetto raggruppamento, in quanto la fideiussione a garanzia della suddetta cauzione era stata rilasciata a favore della sola mandataria.

Il TAR Lombardia ha respinto la censura ritenendo che, trattandosi di appalto di servizi, in mancanza di una esplicita previsione in tal senso da parte della disciplina di gara, la norma di cui all'art. 75 del d. lgv. n. 163 del 2006 era inapplicabile con conseguente idoneità della fideiussione rilasciata a favore della sola mandataria a consentire la partecipazione alla gara del costituendo raggruppamento.

Le sue esposte considerazioni del TAR non sono condivisibili.

Sta di fatto che la lex specialis di gara, all'art. 11.6, pag. 6, richiama espressamente le prescrizioni dell'art. 75 del d. lgv. n. 163 del 2006 in materia di cauzione provvisoria ("La busta N.2 dovrà contenere: ...e) Documento comprovante la costituzione di apposita garanzia ai sensi dell'art. 75 D.Lgs 163/06 pari al 2% dell'importo presunto quadriennale della fornitura indicata nel Bando di Gara...").

L'espresso richiamo della lex di gara all'art. 75 del Codice dei Contratti pubblici, senza alcuna precisazione o esclusione o limitazione, rende l'art. 75 parte integrante della disciplina di gara.

Ne consegue che, a norma di detta disposizione, come interpretata dalla giurisprudenza (Adunanza Plenaria n. 8 del 4 ottobre 2005) la cauzione provvisoria deve essere prestata

da tutti i soggetti partecipanti, compresi mandanti e mandatari nel caso di raggruppamenti non costituiti, di modo che, ove la cauzione sia prestata a mezzo polizza fideiussoria, la polizza deve essere intestata a tutti i soggetti del costituendo raggruppamento e non solo alla mandataria.

In materia di cauzione provvisoria vanno considerati, infatti, obbligati a prestare la cauzione provvisoria tutti i soggetti che intendono partecipare alla gara, senza esclusione alcuna, perché individualmente responsabili delle dichiarazioni rese.

Diversamente opinando, qualora l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2400 del 2009).

Nella specie, in palese violazione della lex specialis e del richiamato art. 75, la cauzione provvisoria era intestata solo alla mandataria IVRI e non anche a Sicuritalia, impresa mandante del costituendo raggruppamento.

Il ricorso incidentale è in conseguenza fondato.

11.- L'accertamento dell'illegittima ammissione alla gara del raggruppamento con capogruppo IVRI, comporta l'inammissibilità al ricorso introduttivo e l'inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti per carenza di legittimazione.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011, l'interesse alla rinnovazione della gara, che sottende la domanda di annullamento del bando di gara, non integra da sola la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, essendo necessario che l'interesse in questione si colleghi in modo immediato ed evidente con la probabilità di ottenere l'appalto.

Altrimenti, tale aspettativa, infatti, non si distinguerebbe da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione, atteggiandosi come mera prospettiva della ripetizione del procedimento.

In sintesi, se è vero che il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse finale al conseguimento dell'appalto affidato alla controinteressata, quanto in via alternativa e normalmente subordinata, l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua rinnovazione, è anche vero che, per configurare in quest'ultima ipotesi la legittimazione al ricorso, non è sufficiente il "fatto storico" della iniziale partecipazione alla gara, essendo necessario che l'esclusione dalla gara consegua ad un vizio della lex di gara, oggetto specifico di censura, che abbia determinato l'esclusione dalla gara della concorrente o ne abbia impedito una corretta formulazione dell'offerta, sì da incidere sul punteggio deteriore attribuite.

Ne consegue che, così come in presenza di vizi dell'atto di ammissione che evidenziano il difetto di requisiti soggettivi, necessari per la partecipazione alla procedura, risulta carente sia la legittimazione che l'interesse ad agire al ricorso, in quanto l'annullamento degli atti della procedura non permetterebbe al ricorrente di ottenere alcuna utilità, per quanto strumentale, dalla pronuncia, anche nel caso in cui l'atto di ammissione alla gara sia viziato per ragioni oggettive, riguardanti l'offerta in sé considerata, resta fermo il difetto di

legittimazione del ricorrente principale, a nulla rilevando che, in astratto, la parte potrebbe ricavare un'utilità di fatto, in dipendenza della rinnovazione della gara.

In tal caso, infatti, la posizione del ricorrente principale illegittimamente ammesso alla gara è pari a quella del quisquis de populo, titolare di un interesse di mero fatto e non di un interesse giuridicamente differenziato e meritevole di tutela.

In applicazione di tali principi, deve concludersi per il difetto di legittimazione della IVRI all'impugnazione della lex di gara e, quindi per la inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado da essa proposto.

Infatti, il vizio dedotto da IVRI avverso la lex di gara e ritenuto fondato dal TAR riguardava la clausola del capitolato di gara (allegato tecnico C) "Integrazione dei sistemi di videosorveglianza ed allarmi" .

In forza di tale clausola, l'aggiudicataria avrebbe avuto il compito di procedere all'integrazione dei sistemi esistenti in modo tale che il sistema Winmag assolvesse alla funzione di unico sistema di concentrazione e di supervisione.

Aggiungeva che per consentire un approfondito esame della situazione in essere, ma soprattutto per fornire alle società partecipanti un'omogenea informazione circa le attività tecniche e le forniture che dovranno essere assicurate all'interno del contratto di vigilanza, l'Azienda ospedaliera avrebbe organizzato uno specifico momento di confronto con le società, durante il quale si sarebbe proceduto all'illustrazione delle integrazioni da realizzare basate sul progetto tecnico ed economico redatto dalla Società Valtellina che in tale sede avrebbe fornito per conto dell'Azienda ospedaliera il preventivo di spesa per le forniture richieste, per le attività di integrazione e di manutenzione dei sistemi.

Tale clausola, malgrado i chiarimenti forniti dall'Azienda ospedaliera, sulla facoltà dei concorrenti di libertà del fornitore, purché fosse rispettata la compatibilità con il sistema Winmag già installato, è stata intesa dal TAR in contrasto con i principi di derivazione comunitaria di ragionevolezza, proporzionalità, pubblicità e non discriminazione.

Prescindendo, comunque, da ogni valutazione nel merito della decisione del TAR, va considerato che la clausola in questione non è ad excludendum; che la ricorrente principale ad essa si è conformata nella propria offerta e che la mancata aggiudicazione ad essa del lotto 2, non è dipeso dall'applicazione di tale clausola, ma dall'attribuzione dei punteggi di offerta inferiori a quelli attribuiti all'a.t.i. appellante e mai contestati.

IVRI, infatti, si è collocata seconda su tre concorrenti e non ha lamentato vizi nell'attribuzione del punteggio dipendenti dalla clausola da essa censurata.

A tal punto, risulta evidente la carenza di legittimazione di IVRI all'impugnazione della lex di gara, configurandosi l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, quale interesse di mero fatto, teso all'ottenimento di un'utilità pratica e non giuridicamente protetta.

12.- In conclusione, va accolto l'appello proposto da Itapol e per l'effetto devono essere dichiarati inammissibili le censure proposte da IVRI con il ricorso introduttivo di primo grado e con i motivi aggiunti.

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, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso incidentale proposto da Italtel dinanzi al TAR e dichiara inammissibile il ricorso principale integrato da motivi aggiunti proposto in primo grado da I.V.R.I. s.p.a.

Condanna I.V.R.I. s.p.a. al pagamento in favore di Italtel Vigilanza Milano s.r.l. e G.F. Vigilanza Italia s.r.l. delle spese del doppio grado di giudizio liquidate in euro 5.000,00 per ciascuna parte oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente
Carlo Saltelli, Consigliere
Francesca Quadri, Consigliere
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 02/11/2011