

N. 02872/2014REG.PROV.COLL.
N. 00636/2014 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 636 del 2014, proposto da Security Service s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

- Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Ricci, con domicilio in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;
- Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I di Roma, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Capparelli, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, v.le Policlinico, n. 155;
- Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta Rampelli, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, via Cicerone, n. 28;
- Città di Roma Metronotte s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'

r.t.i. formato con Roma Union Security s.r.l., Securitas Metronotte s.r.l., Flash & Capitalpol s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Pacciani, con domicilio eletto presso Associato Legance - Studio Legale in Roma, via XX Settembre, n. 5;

- Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma Soc.Coop., non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 08861/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell' Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I di Roma, dell' Azienda Ospedaliera Sant' Andrea e di Città di Roma Metronotte s.r.l. in proprio e quale Mandataria di r.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2014 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, Ricci, Capparelli, Rampelli e Pacciani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Security Service s.r.l. in esito a gara indetta dalla Regione Lazio per

l'affidamento del servizio integrato di vigilanza alle A.S.L. si collocava al secondo posto nella graduatoria dei concorrenti relativamente al lotto 6).

Il ricorso contro l'aggiudicazione disposta a favore dell' a.t.i. con capogruppo Città di Roma Metronotte s.r.l. (in prosieguo di trattazione a.t.i. Metronotte) era inizialmente accolto dal T.A.R. per il Lazio con sentenza n. 4750 del 2012, poi riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6435 del 2012 in accoglimento di appello.

Il ricorso per revocazione proposto contro tale ultima decisione era respinto con sentenza n. 2839 del 2013.

Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti avanti al T.A.R. per il Lazio Security Service si gravava in prosieguo contro il provvedimento, di estremi non conosciuti, con cui l'Amministrazione aveva ritenuto positivamente conclusa la verifica dei requisiti per l'affidamento all' a.t.i. Metronotte del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrenti alle Aziende sanitarie del lotto 6, relativo alle Aziende Ospedaliere Sant'Andrea e Policlinico Umberto I;

Con successivi motivi aggiunti Security Service formulava richiesta di declaratoria di nullità e/o di inefficacia dei contratti stipulati dal raggruppamento aggiudicatario con l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e con l'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I, insistendo per l'accertamento dell'obbligo della stazione appaltante di negare la stipula del contratto con la non più esistente A.T.I. aggiudicataria, scorrendo la graduatoria in proprio favore.

Security Service sosteneva, in particolare, che, nonostante la decisione del Consiglio di Stato, l'aggiudicazione doveva essere annullata e l'appalto affidato alla società istante perché, dopo l'aggiudicazione, due delle imprese costituenti a.t.i. Metronotte (la Securitas Metronotte s.r.l. e la Flash & Capitalpol s.r.l.) avevano dichiarato la *“loro rinuncia ai servizi appaltati”* e la Città di Roma s.r.l. aveva affermato *“che la restante ripartizione dei servizi appaltati è al 50% in capo alla stessa ed il restante 50% in capo alla Roma Union Security”*. In ogni caso l' a.t.i. Metronotte avrebbe dovuto essere esclusa perché la capogruppo aveva da sola i requisiti per partecipare al lotto 6 e la *lex specialis* del concorso escludeva la partecipazione delle c.d. a.t.i. sovrabbondanti, mentre la ditta mandante Roma Union Security al momento della partecipazione alla gara non era in regola, diversamente da quanto dichiarato, né con i versamenti riferiti all'assistenza sanitaria integrativa (Sanimpresa), obbligatoria ai sensi dell'art. 5 del contratto integrativo territoriale e di quello nazionale, né con il conferimento del t.f.r. ai fondi complementari, versamento Coasco, versamento quota assistenza al reddito nei confronti dell'Ebitev e alle organizzazioni sindacali delle quote trattenute in busta paga.

Quanto all' invalidità e/o inefficacia dei contratti di appalto stipulati dall' a.t.i. aggiudicataria con l'Azienda ospedaliera Sant'Andrea e con l'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I ribadiva che alla gara ha partecipato un soggetto giuridico diverso da quello al quale è stata poi affidata l'esecuzione dell'appalto.

Inoltre dal documento dell'Agenzia delle entrate depositato agli atti di

causa il 27 marzo 2013 si evinceva che la mandataria dell' a.t.i. aggiudicataria Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma soc. coop., dopo aggiudicazione (30 giugno 2011) e prima della stipula dei contratti (28 agosto 2012 quello con l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e 19 febbraio 2013 con l'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I), nonché prima della cessione del ramo di azienda a Città di Roma Metronotte s.r.l. (avvenuta il 26 settembre 2012), era inadempiente agli obblighi contributivi per oltre 700 mila euro, nonché era inadempiente per un diverso e precedente obbligo contributivo anche all'atto di partecipazione alla gara.

Con sentenza n. 8861 del 2013 il T.A.R. adito dichiarava il ricorso inammissibile.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la soc. Security Service ed ha contraddetto le conclusioni del T.A.R. ed insistito nei motivi ed istanze articolati in prime cure.

Resistono la Regione Lazio, le Aziende Ospedaliere Policlinico Umberto I e S. Andrea e città di Roma Metronotte s.r.l. (in proprio e come mandataria dell'a.t.i.) che, con le rispettive memorie, hanno insistito per l'inammissibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 10 aprile 2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Il primo giudice, ritenuta la giurisdizione, ha dichiarato la domanda di annullamento inammissibile per il seguente ordine di considerazioni:

- l'atto terminale della procedura di selezione del contraente si identifica con il provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- selezionata la migliore offerta ogni successiva attività della stazione appaltante di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario per la stipula del contratto ha valenza di integrazione dell'efficacia della già disposta aggiudicazione; segue che l'esito della verifica non può essere surrettiziamente utilizzato per riaprire il termine di impugnazione dell'esito della gara;
- si determinerebbe, inoltre, alla luce dell'indirizzo segnato dall' A.P. n. 31 del 2012, un'asimmetria dei mezzi di tutela a seconda che l'accertamento del possesso dei requisiti sia stato effettuato dopo l'aggiudicazione definitiva - secondo le modalità previste dagli artt. 11, comma 8, e 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 – ovvero primo nei casi in cui l'aggiudicatario sia stato già sorteggiato fra i concorrenti nei cui confronti dar luogo alla verifica a campione ai sensi del comma 1 del citato art. 48.

Il collegio, alla luce delle deduzioni dell'appellante Security Service, reputa di non accedere alle conclusioni cui è pervenuto il T.A.R.

Stabilisce, invero, l'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 quanto alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, al cui esito positivo è condizionata l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva (art. 11, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006), che essa ha luogo nei confronti dell' *aggiudicatario* e del *concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati*. Ove detti soggetti *non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni* si

applicano le sanzioni di legge e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Osserva il collegio che non può porsi in dubbio la natura pubblicistica degli adempimenti posti in essere dall'Amministrazione nel procedere alla verifica regolamentata dalle anzidette disposizioni, in un momento che precede la stipula del contratto e la sua esecuzione.

Detta attività ricognitiva è, invero, preordinata alla tutela dell'interesse di rilievo pubblico collegato alla costituzione del rapporto contrattuale con soggetto in possesso dei requisiti generali inerenti alle qualità morali ed alla capacità tecnica, economica e professionale, quali prescritti dal codice dei contratti pubblici e dalla specifica disciplina di gara. La natura pubblicistica del tratto procedimentale in argomento è avvalorata dalla previsione che il suo possibile esito negativo si riflette sulla riapertura della fase di aggiudicazione con determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed eventuale scelta di un diverso affidatario dei lavori o del servizio.

Non si versa, quindi, a fronte di un mero di controllo ad integrazione dell'efficacia dell'atto di aggiudicazione che, se di esito negativo, esplica effetto paralizzante e tombale di ogni ulteriore iniziativa dell'Amministrazione per l'individuazione dell'esecutore del servizio sulla base delle risultante del concluso esperimento di gara. Di contro, proprio l'innestarsi di una riedizione della fase di aggiudicazione all'esito del controllo in disfavore del precedente aggiudicatario determina l'emersione di una differenziata posizione di interesse legittimo in capo del concorrente che, utilmente collocato nella

graduatoria finale, possa aspirare all'affidamento.

Sul piano delle condizioni dell'azione il concorrente che, per la posizione occupata in graduatoria, possa ambire all'affidamento del contratto nel caso in cui l'aggiudicatario non fornisca prova del possesso dei prescritti requisiti è, quindi, legittimato a sindacare la regolarità dello svolgimento del procedimento di verifica previsto dall'art. 48, comma 2. La domanda è inoltre assistita da un interesse diretto, concreto ed attuale all'annullamento per il possibile subentro nella stipula del contratto con le modalità previste dalla menzionata disposizione.

Occorre precisare che, ove il concorrente non aggiudicatario abbia fatto acquiescenza all'atto di aggiudicazione che – come precisato nell'A.P. n. 31 del 2012 –*produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato consistente nella privazione definitiva del “bene della vita” rappresentato dall'aggiudicazione della gara*, l'impugnazione contro l'esito del controllo, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. dagli artt. 11, comma 8, e 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, non può costituire una remissione in termini per la tutela dell'interesse all'aggiudicazione non tempestivamente fatto valere contro l'atto conclusivo della procedura. Se invece impugnativa vi sia stata, ancorché con esito negativo in relazione ai motivi dedotti, permane l'interesse al corretto svolgimento della fase di controllo il cui esito negativo potrebbe dar luogo allo scorrimento della graduatoria secondo quanto previsto dall'art. 48, comma 2, ultimo periodo.

In ogni caso la fase di verifica del possesso dei requisiti in capo

all'aggiudicatario può formare oggetto di contestazione solo per vizi propri e non può dar luogo all'emersione di contestazioni che dovevano essere immediatamente fatte valere contro l'atto di aggiudicazione, perché per tali aspetti immediatamente lesivo, secondo quanto al riguardo statuito dall' A.P. n. 31 del 2012.

2.1. Applicando i su riferiti principi è inammissibile la doglianza riproposta a pag. 28 dell'atto di appello secondo la quale l'atto costitutivo del raggruppamento aggiudicatario non indica né le quote di partecipazione in r.t.i., né le quote di ripartizione fra le imprese associate delle obbligazioni assunte, trattandosi di motivi da far valere tempestivamente contro l'atto di aggiudicazione che sotto detto profilo versa ormai in condizione di inoppugnabilità.

Sempre per le medesime ragioni va dichiarata inammissibile la questione sull'avvenuta costituzione di una così detta a.t.i. sovrabbondante - avuto riguardo ai requisiti di qualificazione della capogruppo ed alla *lex specialis* del concorso – in quanto non tempestivamente dedotta contro l'atto di aggiudicazione e, per di più, irrilevante nella fase di verifica dei requisiti per la stipula del contratto, non venendo in quella sede in rilievo di principi di concorrenzialità e di tutela di accesso ai contratti pubblici delle imprese minori alla cui salvaguardia appare preordinata la preclusione invocata.

2.2 Ciò posto la soc. Security addebita alla Regione Lazio di non aver verificato l'intervenuta modifica della composizione dell' a.t.i. aggiudicataria rispetto all'impegno assunto in sede di offerta, vietata dall' art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, per aver rinunciato le

società mandanti Union Security s.r.l. e Flash & Capitalpol s.p.a. all'aggiudicazione.

Osserva il collegio che non emergono atti abdicativi da parte delle anzidette società al mandato conferito per la costituzione dell' a.t.i., in base ai quali possa evincersi il dedotto mutamento della composizione soggettiva. In contrario dagli strumenti contrattuali prodotti in giudizio circa l'esecuzione delle prestazioni presso le strutture dell' Azienda Policlinico Umberto I di Roma e l' Azienda Ospedaliera S. Andrea si evince la permanenza in a.t.i. delle imprese anzidette.

La questione cui dà rilievo l'appellante in ordine alla distribuzione fra le imprese associate delle quote di impegno proporzionale nell'adempimento degli obblighi contrattuali - nell'ambito del lotto unico n. 6 costituito dalle aziende ospedaliere prima richiamate - investe non la composizione dell' a.t.i. (che resta immutata salvo il subentro nel settembre 2012 per cessione di ramo di azienda della soc. Città di Roma Metronotte in luogo dell' Istituto di Vigilanza Città di Roma soc. coop., su cui non si innestano contestazioni), ma la fase di esecuzione del contratto ad aggiudicazione avvenuta. Si tratta di attività adempitiva delle obbligazioni contrattuali che resta estranea al procedimento di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara originariamente dichiarati, su cui si innesta la cognizione del giudice amministrativo.

Va al riguardo confermata la statuizione del T.A.R. che ha declinato la giurisdizione, poiché in tale ipotesi appartiene nella cognizione del giudice ordinario ogni questione sulla corretta costituzione negoziale

e esecuzione del rapporto contrattuale, mentre la declaratoria di inefficacia dello strumento - cui è pure fatto richiamo - presuppone, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, una statuizione demolitoria dell'atto di aggiudicazione. Analoghe considerazioni valgono per il motivo con il quale si afferma che l' Azienda Ospedaliera S. Andrea avrebbe stipulato un contratto sulla base di un progetto diverso rispetto al quello presentato in corso di gara relativamente al lotto 6.

2.3. In riproposizione delle censure di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti la soc. Security sostiene l'inadempienza contributiva dell' Istituto Vigilanza Nuova Città di Roma, originaria mandataria dell'a.t.i. risultata aggiudicataria, fin alla proposizione della domanda di ammissione alla gara, in corso di essa ed al momento dell'aggiudicazione.

Si tratta di vizio del procedimento di gara che è però per la prima volta introdotto in sede di contestazione della fase di verifica del possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 48, secondo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 e che, stante le sue originarie potenzialità lesive, doveva essere fatto tempestivamente valere contro il provvedimento di aggiudicazione, che sotto detto profilo per tutte le ragioni innanzi esposte versa in condizione di inoppugnabilità.

Quanto al periodo successivo alla conclusione del procedimento di gara (30 giugno 2011) la Regione Lazio deposita documento rilasciato dall' I.N.A.I.L. / I.N.P.S. di Roma che dà atto alla data del 21 febbraio 2012 – anteriore alla stipula dei contratti con le aziende ospedaliere – della regolarità contributiva dell' Istituto di Vigilanza

Nuova Città di Roma, restando esclusa ogni preclusione al perfezionamento della fase contrattuale per difetto del requisito prescritto dall'art. 38 comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006. Analogo documento attestante la regolarità contributiva risulta acquisito dalla Regione Lazio, in data 10 ottobre 2012, nei confronti della soc. Città di Roma Metronotte, subentrata nell' a.t.i. per cessione del ramo di azienda da parte di Vigilanza Nuova Città di Roma.

Come già chiarito in sede cautelare il documento attestante la regolarità contributiva ha carattere oggettivo nell'attestazione dell'insussistenza delle violazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del codice dei contratti pubblici e restano, quindi, irrilevanti in sede di rilascio l'indicazione della stazione appaltante che ha richiesto il documento, nonché della procedura contrattuale cui il documento stesso è riferito.

L'istruttoria compiuta dalla Regione Lazio ai fini del riscontro del requisito *de quo* si presenta, quindi, adeguata e sufficiente, sia nei confronti della precedente capogruppo, sia con riguardo dell'impresa subentrata in tale posizione che, prima della stipula del contratto, deve essere essa garante dei diritti previdenziali e contributivi del personale dipendente.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

In relazione a profili della controversia ed alla parziale riforma delle sentenza appellata spese ed onorari possono essere compensati fra le

parti per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate per i due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)