Pubblicato il 30/10/2017

N. 01109/2017 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1026 del 2017, proposto da:
Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio eletto presso lo studio Gennaro Ciccolella in Bari, via Abate Gimma n. 180;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Agostino Meale, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Sagarriga Visconti, n. 64;

per l'annullamento

previa adozione di adeguate misure cautelari:

a) del bando di gara pubblicato sulla GURI del 08.09.2017 con il quale l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata ha indetto procedura di gara aperta sopra soglia per l'affidamento del servizio di vigilanza armata sede centrale dell'Ente per la durata di quattro anni;

b) del disciplinare di gara nonché del capitolato speciale d'appalto;

c) della delibera n. 277 del 04.08.2017 di approvazione degli atti di gara;

d) di ogni altro atto connesso e consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizione previste;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - L'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, presso la sede centrale dell'Ente, per la durata di quattro anni, con base d'asta pari ad € 960.000,00, mediante unica gara da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso.

2. - Con ricorso depositato il 4.10.2017, Cosmopol s.p.a., premesso di essere l'attuale gestore del servizio oggetto della gara in questione, ha impugnato i relativi atti contestando la modalità di affidamento prescelto in quanto ritenuta non idonea a consentire la predisposizione di una offerta strutturata in base alla qualità, invocando l'art. 95 co. 3 D. Lgs. n. 50/2016 che prevede, per il caso di appalto per l'affidamento di servizi ad "alta densità di manodopera", quale quello in questione, l'obbligo di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.1. - Ha per questo impugnato il bando di gara pubblicato sulla GURI dell'8.9.2017, deducendo la violazione degli artt. 50 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, l'eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, erroneità e ingiustizia manifesta.

Sostiene la ricorrente che gli appalti per l'affidamento dei servizi di vigilanza (al pari di quelli relativi ai servizi di pulizia, facchinaggio, call center ecc.) prevedono un'incidenza della manodopera superiore al 50 % del valore dell'appalto e che, dunque, rientrano tra quelli disciplinati dall'art. 50 del d.lgs. 50/2016.

Contesta, pertanto, la scelta operata dalla stazione appaltante di utilizzare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, ritenuta in contrasto con l'obbligo sancito dall'art. 95 co. 3, d.lgs. n. 50/2016 di affidare i servizi "ad alta intensità di manodopera" mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Aggiunge che, una conferma circa la natura dell'appalto ad alta densità di manodopera, si ricaverebbe anche dal disciplinare di gara che ha previsto all'art. 19 specifiche clausole a salvaguardia dei livelli occupazionali, facendo espresso rinvio alla disciplina di cui all'art. 50 del Codice, a cui si dichiara di ottemperare.

Contesta la motivazione addotta dalla stazione appaltante a fondamento della scelta del criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso, mediante il richiamo all'art. 95 co. 4, lett b) del d. lgs. n. 50/16, evidenziando le (sole) caratteristiche standardizzate dello stesso.

Analogamente censura l'interpretazione fornita dalla stazione appaltante alle previsioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 95 e, in particolare, l'aver questa ritenuto che in caso di sussistenza delle condizioni di cui al comma 4, ovvero in presenza di un affidamento di servizi con caratteristiche standardizzate, vengano meno gli obblighi di individuazione dell'offerta mediante criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in caso di contratti relativi ai servizi "ad alta intensità di manodopera". Sostiene il carattere di preferenza del comma 3 dell'art 95 rispetto al successivo comma 4, richiamando a supporto la giurisprudenza orientata a tale criterio interpretativo.

3. - In data 22.10.2017 si è costituito in giudizio l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata.

3.1. - Ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, sostenendo che devono ritenersi immediatamente impugnabili le sole clausole degli atti di gara che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, ovvero che rendano impossibile la formulazione dell'offerta.

Di contro, sostiene che con riferimento alle altre previsioni – comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi – l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata.

Aggiunge, ad ulteriore supporto, che il Codice del processo amministrativo (in particolare l'art. 120, commi 2 bis e 5) è chiaro nel limitare l'onere di immediata impugnazione ai soli provvedimenti di esclusione/ammissione, cui esclusivamente riferisce il rito c.d. super-speciale e nel prevedere l'onere di impugnazione per "*…per i bandi… autonomamente lesivi*".

3.2. - Nel merito ha argomentato sull'infondatezza del ricorso.

Ha precisato che la scelta del criterio di aggiudicazione è stata meditata dall'Istituto e argomentata sul chiaro presupposto che, trattandosi di un servizio c.d. H/24 " *il servizio di vigilanza da acquisire viene dettagliatamente configurato nel capitolato d'appalto e si compone esclusivamente di prestazioni di vigilanza e piantonamento fisse e di ronda prefissate, oltre che dei servizi accessori, anch'essi localizzati e temporizzati*", ossia prestazioni oggettivamente standardizzate "*…del servizio da acquisire e dei fattori produttivi*". Aggiunge che i costi fissi del personale (e dunque ritenuti incomprimibili) sarebbero pari a circa il 94% dell'importo a base d'asta, tanto da non giustificare in alcun modo la scelta del diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nega, pertanto, la sussistenza di un margine migliorativo e conferma ne deriverebbe dai documenti di gara che ritiene essere standardizzati, tanto da non lasciare margine apprezzabile di miglioramento dell'offerta.

3.3 – Solleva - per il caso in cui si ritenga corretta l'interpretazione circa il carattere di specialità del comma 3 dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016 che impedirebbe l'applicazione del comma 4 negli appalti ad alta intensità di manodopera - questione di legittimità costituzionale della previsione per violazione degli artt. 3, 41 e 97 COST.

4. – Cosmopol s.p.a, in data 23.10.2017, ha depositato memoria di replica, opponendosi anche alla questione di legittimità costituzionale sollevata.

5. – Alla camera di consiglio del 25.10.2017, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, all'esito della discussione, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. – Con il ricorso in epigrafe Cosmopol s.p.a. denuncia l'illegittimità della scelta operata dalla stazione appaltante del criterio di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso la sede centrale dell'ente.

Più specificamente, parte ricorrente non ha sostenuto l'impossibilità di presentare un'offerta, ma ha ritenuto il criterio scelto - quello del massimo ribasso - non essere il più idoneo ad individuare la migliore offerta, diversamente dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicato come il più idoneo per la scelta del miglior contraente, soprattutto nel caso in cui, come quello in esame, si tratti di contratti relativi ai servizi "ad alta intensità di manodopera".

6.1. - Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per le ragioni di seguito esposte.

L'attuale formulazione dell'art. 120 c.p.a. prevede, al comma 2 *bis,* l'obbligo di immediata impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di affidamento per motivi relativi ai requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Per quanto riguarda i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, il quinto comma dell'art. 120 c.p.a. prevede l'onere di immediata ed autonoma impugnazione, in quanto "*autonomamente lesivi*".

Per costante giurisprudenza, l'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole escludenti, tra cui quelle che impediscono la partecipazione alla gara, o prescrivono requisiti soggettivi di ammissione o di partecipazione alla gara arbitrari e discriminatori, altrettanto non potendo sostenersi per le previsioni della *lex specialis* che, invece, disciplinano la fase di valutazione delle offerte o per le clausole per

le quali la lesività si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della Commissione di gara (*ex multis*, cfr. Ad. plen. nn. 9 del 2014 e 1 del 2003; Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180, T.A.R. Lazio, sez. I, 2 dicembre 2016 n. 12066; Cons. di St. Sez. V, n. 5155/2013, Id. n. 1133/2016, Id. n. 510/2016).

I recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici non hanno introdotto altri casi di impugnazione immediata da parte di potenziali concorrenti, tanto che allo stato non può ritenersi che l'onere di immediata impugnazione sia riferibile anche alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della commissione giudicatrice (cfr. T.A.R. Veneto, III, 21.07.2017 n. 731; id. 17.7.2017 n. 680).

L'interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione è stato valorizzato attraverso la novella di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a.

La previsione contemplata dall'art. 211 comma 2 del d.lgs. 50/2016, relativo alla cosiddetta autotutela "doverosa" (così il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, n.2777 del 28 dicembre 2016) attivabile dalla stazione appaltante, su impulso dell'Autorità di vigilanza, al fine del ripristino della legalità procedurale, è stata abrogata dall'art. 123 d. lgs. 56/2017.

Tale disposizione riservava comunque all'Anac, nell'esercizio delle proprie funzioni, la possibilità di intervenire al fine di sollecitare la stazione appaltante a rimuovere i vizi di legittimità rinvenuti negli atti della procedura di gara. La norma prescindeva dall'interesse del singolo partecipante all'aggiudicazione e mirava, invece, al corretto svolgimento delle procedure di appalto nell'interesse di tutti i partecipanti e finanche di quello collettivo dei cittadini. Non vi era comunque spazio per un'immediata impugnazione del bando da parte di singoli potenziali partecipanti alla gara.

Emerge in tutta evidenza come la formulazione delle nuove norme processuali ha distinto la prima fase relativa alle ammissioni/esclusioni, da quella relativa all'aggiudicazione, ma non ha anticipato la tutela fino a generalizzare la possibilità di immediata impugnazione del bando.

Ne consegue che, pur condividendo il Collegio i principi espressi dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. III, 2.5.2017, n. 2014), richiamata da parte ricorrente, deve escludersi che la normativa di riferimento, anche dopo i recenti interventi riformatori, lasci margini di interpretazione nel senso di ampliare ulteriormente i casi di immediata impugnazione.

6.2. - L'inammissibilità del ricorso in esame deriva dall'essere stato proposto avverso una clausola ritenuta illegittima, ma non impeditiva della partecipazione, non immediatamente lesiva dell'interesse del singolo imprenditore.

Nel caso di specie, non si rinviene l'effettiva lesione della situazione giuridica soggettiva di parte ricorrente. Il criterio del prezzo più basso non è autonomamente lesivo, in quanto non preclude la partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente, né le impedisce di formulare un'offerta concorrenziale La lesività della sfera giuridica derivante dalla scelta del criterio contestato non può, infatti, essere percepita con la pubblicazione del bando, avvenuta sulla GURI dell'08.09.2017, ma è (in via eventuale) destinata ad attualizzarsi soltanto a seguito di un provvedimento successivo che renda concreto ed attuale l'interesse all'impugnazione, non essendo allo stato escluso che la ricorrente divenga aggiudicataria della gara.

Il ricorso va, pertanto, dichiarato inammissibile.

7. - La novità delle questioni e l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti inducono il Collegio a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Cesira Casalanguida	Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO