

Publicato il 19/06/2019

N. 04190/2019REG.PROV.COLL.
N. 00765/2019 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 765 del 2019, proposto da GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Eustachio Manfredi, 5;

contro

Comune di Trieste, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Fontanelli, Valentina Frezza e Maritza Filipuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio de' Cavalieri, 11;

nei confronti

Idealservice Soc. coop., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 373 del 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trieste;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo e Aldo Fontanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Servizio della Centrale regionale di committenza della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, in qualità di soggetto aggregatore ai sensi dell'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito nella legge 23 giugno 2014, n. 89, e degli artt. da 43 a 45 della legge regionale 12 dicembre 2014, n. 26, ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006, suddivisa in due lotti, finalizzata alla stipula di due accordi quadro valevoli sul territorio regionale per l'affidamento dei “*servizi integrati di vigilanza armata, portierato e altri servizi*”, avente ad oggetto pure il “*servizio di vigilanza passiva (con portierato e accoglienza)*” come individuato nel capitolato tecnico.

GSA, quale mandante del R.T.I. costituito da Sorveglianza Diurna e Notturna Soc. coop., quale mandataria, e da Sicuritalia S.p.a., Sicuritalia Servizi Fiduciari Soc. coop. e da Stabilimento Triestino di Sorveglianza e Chiusura S.r.l., quali ulteriori mandanti, si è resa affidataria del lotto 1 relativo alle Province di Trieste e di Gorizia

(CIG: 6658766B86), come da relativa convenzione stipulata il 6 luglio 2017 e avente durata di trentasei mesi fino al 5 luglio 2020, salva proroga di ulteriori dodici mesi, offrendo per il servizio di portierato il prezzo unitario pari a € 13,27/ora.

Con determinazione dirigenziale n. 1716 del 29 giugno 2018 il comune di Trieste, su autorizzazione del Segretario Generale del 18 maggio 2018, ha disposto di procedere autonomamente all'indizione di una gara di appalto, mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (CIG: 75528633B8), per l'affidamento del "*servizio di presidio e ricevimento del pubblico nelle sedi di piazza dell'Unità d'Italia n. 4, via Genova n. 6, Largo dei Granatieri n. 2, Passo Costanzi n. 2 e via Mazzini n. 25*", per un periodo di anni tre e per l'importo di € 684.548,00, IVA esclusa, oltre agli oneri della sicurezza pari a € 400,00, IVA esclusa, non soggetti a ribasso.

Tutti gli atti relativi alla suddetta procedura concorsuale, così come la proroga tecnica per il periodo successivo al 30 giugno 2018 del servizio attualmente gestito da Idealservice Soc. coop, odierna controinteressata, richiamata nella suddetta determinazione dirigenziale n. 1716 del 2018 e disposta con determina dirigenziale del 28 giugno 2018, sono stati impugnati dall'attuale appellante con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia che, con la sentenza indicata in epigrafe, lo ha respinto.

GSA ha impugnato la sentenza succitata, affidando l'appello ai seguenti motivi di diritto:

I) violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 43, 44, 45 della l.r. Friuli Venezia Giulia 12 dicembre 2014, n. 26 e s.m.i.; art. 9 del d.l.

24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni nella l. 23 giugno 2014, n. 89; art. 1, comma 510, l. 28 dicembre 2015, n. 208); eccesso di potere per travisamento e sviamento – difetto dei presupposti – illogicità e contraddittorietà – difetto di motivazione;

II) eccesso di potere per travisamento – difetto dei presupposti – difetto di istruttoria – carenza di motivazione – illogicità e irragionevolezza;

III) con specifico riferimento all'atto di proroga, illegittimità derivata dalla illegittimità censurata con i motivi di ricorso I e II, nonché illegittimità propria per violazione dell'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, invalidità e/o inefficacia.

L'appellante ha chiesto, altresì, l'accertamento e declaratoria dell'obbligo del comune di Trieste di aderire alla convenzione-accordo quadro del Servizio Centrale Unica di Committenza della Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia, lotto 1 (Province di Trieste e Gorizia), CIG: 6658766B86, per *“l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza armata, portierato e altri servizi per le amministrazioni della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia”*, con conseguente condanna dello stesso comune di Trieste a disporre il subentro della ricorrente nel servizio, con decorrenza dal 30 giugno 2018 e/o, comunque, con decorrenza successiva, in quest'ultimo caso con condanna al risarcimento del danno per equivalente ai sensi e per gli effetti degli artt. 30 e 124 c.p.a.

Si è costituito in giudizio per resistere all'appello il Comune di Trieste, che ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del gravame, chiedendone, comunque, il rigetto per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 6 giugno 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello all'esame del Collegio concerne la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia n. 373/2018, pubblicata il 21 dicembre 2018, con cui è stato respinto il ricorso proposto per l'impugnazione e l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 1716 del 29 giugno 2018, di indizione della gara aperta per *“l'affidamento del servizio di presidio e ricevimento del pubblico nelle sedi di piazza dell'Unità d'Italia n. 4, via Genova n. 6, Largo dei Granatieri n. 2, Passo Costanzi n. 2 e via Mazzini n. 25”*, oltre che di tutti gli atti di tale gara, compresi quello del 18 maggio 2018 del Segretario Generale, di autorizzazione a procedere autonomamente all'indizione della suddetta gara d'appalto, nonché della proroga, per il periodo successivo al 30 giugno 2018, del servizio attualmente gestito da Idealservice.

Il Collegio ritiene, in via preliminare, di esaminare l'eccezione preliminare di inammissibilità del gravame sollevata dal Comune di Trieste, per mancata specificazione dei motivi di appello, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., nonché per carenza d'interesse, avendo l'appellante presentato domanda di partecipazione alla procedura concorsuale.

L'eccezione è da disattendere sotto entrambi i profili, atteso che, dall'esame del ricorso in appello proposto da GSA si evince chiaramente che la stessa ha inteso dedurre l'erroneità della sentenza per aver respinto le doglianze che la stessa ritiene, invece, fondate, ed

il cui merito viene, dunque, riproposto dettagliatamente, in relazione al quale è rinvenibile certamente l'interesse alla decisione, facendo parte la medesima GSA del raggruppamento che si è aggiudicato il lotto 1 dell'accordo quadro relativo al servizio di portierato nelle Province di Trieste e di Gorizia (CIG: 6658766B86), come da convenzione stipulata il 6 luglio 2017 e avente durata di trentasei mesi fino al 5 luglio 2020, salvo proroga di ulteriori dodici mesi.

Nel merito, deve osservarsi, innanzitutto, che con il ricorso per motivi aggiunti proposti in primo grado l'appellante ha impugnato, altresì, l'atto del Segretario Generale con cui, a pretesa giustificazione dell'indizione dell'autonoma gara, lo stesso ha fatto riferimento alla necessità per l'Ente locale di verificare l'idoneità del servizio convenzionato *“ai propri specifici bisogni”*, pur segnalando che *“il mantenimento della stabilità occupazionale del personale impiegato negli appalti è anche un interesse generale dell'amministrazione comunale come risulta da apposito protocollo d'intesa sottoscritto con le Organizzazioni Sindacali”*.

Secondo le determinazioni del Comune, dunque, l'adesione alla Convenzione regionale e l'affidamento del servizio all'odierna appellante e al RTI cui partecipa, avrebbero determinato l'assunzione ovvero l'impiego di personale a un livello di inquadramento contrattuale, giuridico ed economico inferiore rispetto a quello attualmente praticato, con conseguente pregiudizio della qualità del servizio, anche in ragione della maggiore competenza acquisita dal personale durante il precedente affidamento. Pertanto, a parere dell'Ente, l'adesione al contratto quadro non avrebbe consentito di soddisfare le esigenze palesate dall'Amministrazione, con conseguente sussistenza dei presupposti per l'autonoma indizione della gara ai sensi dell'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015.

Tali assunti sono contestati dall'appellante, che si duole, sostanzialmente, dell'erroneità della sentenza per aver respinto le censure relative all'asserita illegittimità della mancata adesione del Comune di Trieste alla Convenzione regionale-Accordo quadro - aggiudicata in precedenza all'appellante quale mandante di RTI - del Servizio Centrale Unica di Committenza della Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia (in qualità di soggetto aggregatore ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 66 del 2014, convertito nella l. n. 89 del 2014, e degli artt. da 43 a 45 della l.r. n. 26 del 2014), lotto 1 (province di Trieste e Gorizia), per *“l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza armata, portierato e altri servizi per le amministrazioni della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia”*, pur a fronte dell'identità dei servizi oggetto di gara e della mancata osservanza dei limiti di *benchmark* ritraibili dalla convenzione, in relazione all'aggravio di spesa rispetto all'adesione all'Accordo quadro.

Le censure dell'appellante sono fondate, atteso che, in presenza di una convenzione stipulata a seguito di procedura per accordo quadro bandita dalla Centrale Unica Regionale per servizi sostanzialmente analoghi a quelli di specie, dalle determinazioni adottate dal comune di Trieste non si evince una motivazione sufficientemente idonea a costituire il presupposto dell'esercizio del potere di indizione di una gara autonoma, ai sensi dell'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015 [*“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)”*], ed in particolare non risultano le ragioni per le quali il servizio oggetto di convenzione non sarebbe idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali, che, in ogni caso, secondo il

Collegio, devono essere ritenute tali in senso oggettivo, anche se in considerazione degli specifici bisogni dell'Ente.

Più specificamente, a motivazione della deroga, l'Amministrazione, dopo aver ritenuto necessario verificare l'idoneità del servizio convenzionato *“ai propri specifici bisogni”*, segnalava che il mantenimento della stabilità occupazionale è anche un interesse generale del Comune. L'assunzione di personale secondo il Comune inquadrato ad un livello inferiore avrebbe pregiudicato, dunque, la qualità del servizio, anche in ragione della maggiore competenza acquisita dal personale durante il precedente affidamento. Inoltre, il personale assunto dalla cooperativa attuale affidataria del servizio, avrebbe maturato un livello contrattuale di inquadramento, giuridico ed economico, che non potrebbe essere conservato nel caso di applicazione della convenzione quadro e del conseguente subentro da parte della ditta individuata dalla centrale di committenza.

Sulla base di tali considerazioni, l'Amministrazione ha concluso che l'adesione al contratto quadro non avrebbe consentito di soddisfare le esigenze palesate dal Comune, e che, pertanto, sussistevano i presupposti per l'autonoma indizione della gara, ai sensi dell'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015, per il cui disposto: *“Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali?”*.

Tali motivi non sono sufficienti a fondare l'applicazione del disposto normativo succitato, come giustamente dedotto dall'appellante, in ragione della clausola sociale di assorbimento occupazionale apposta ai contratti a tutela del personale, ai sensi degli artt. 1, 3, 4, 35 e 38 Cost., nonché del livello occupazionale.

Ed invero, l'applicazione della convenzione, ed in particolare l'art. 12 della stessa, al quale il Collegio si richiama integralmente, avrebbe comunque consentito l'assorbimento del personale precedentemente impegnato nel servizio, senza che vi fosse la necessità di ricorrere a nuove assunzioni, ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, così modificato dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 56 del 2017, che così recita: *“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”*.

Né il Comune ha in alcun modo dimostrato che la scelta di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione è stata orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro.

Come, invero, statuito da questa sezione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937) pur con riferimento alle gare Consip, di norma si rinvencono in sede di centralizzazione le migliori possibili

condizioni di offerta da porre a disposizione delle amministrazioni, essendo consentito solo in via eccezionale e motivata alle stesse di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, non essendo consentito alle singole amministrazioni di travalicare le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione.

Nella fattispecie in questione sembra, invece, avvenuto proprio questo, in considerazione dell'insufficienza della motivazione a supporto della scelta di indizione della gara autonoma.

Ne consegue pure l'accoglimento della censura dedotta in relazione all'atto di proroga in via derivata dall'illegittimità dell'indizione della gara autonoma.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado, limitatamente al vizio di insufficienza di motivazione.

Va invece respinta l'istanza di subentro e di risarcimento del danno per equivalente, in considerazione della sussistenza, allo stato, del mero obbligo dell'amministrazione di rideterminarsi in relazione all'oggetto.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle peculiarità della presente vertenza, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado, nei limiti di cui in motivazione.

Respinge l'istanza di subentro e di risarcimento del danno per equivalente.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Prosperi, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Elena Quadri

IL PRESIDENTE
Raffaele Prosperi

IL SEGRETARIO