

Pubblicato il 29/11/2019

N. 08168/2019REG.PROV.COLL.
N. 00881/2019 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 881 del 2019, proposto da Civis s.p.a. e Rangers s.r.l., in proprio e, rispettivamente, quale mandataria e mandante del Rti con Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l., Vedetta 2 Mondiapol s.r.l. e CDS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Domenico Gentile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Virginio Orsini, 19;

contro

Pss Vigilanza s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Rti con Sicuritalia Group Service s.s.p.a., Sicuritalia s.p.a. e Axitea s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Davide Furlan, Fiorenza Scagliotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Fondazione La Biennale di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Fusani, Andrea Pavanini, Valeria Zambardi, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Fusani in Roma, via Boncompagni, 93;

nei confronti

Cds s.r.l., Ist. di Vigilanza Privata Castellano s.r.l., Vedetta 2 Mondiapol s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 189 del 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pss Vigilanza s.r.l. e di Fondazione La Biennale di Venezia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Moscuza, in dichiarata delega dell'avv. Gentile, Leonardo, in sostituzione dell'avv. Scagliotti, e Feroci, su delega dell'avv. Pavanini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito per la pubblicazione il 28 febbraio 2018 la Fondazione La Biennale di Venezia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di sorveglianza armata per le manifestazioni organizzate dalla stessa Fondazione nel biennio 2018-2019, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente a base d'asta un importo complessivo di € 1.207.100,00, di cui € 23.650,00 per oneri della sicurezza.

La gara è stata aggiudicata al Rti avente come mandataria Civis s.p.a.

Contro tale aggiudicazione e, prima ancora, contro l'ammissione del Rti Civis, è insorto avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto

il Rti avente come mandataria Pss Vigilanza s.r.l.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con sentenza n. 189 del 2018, previa riunione dei giudizi, ha accolto i ricorsi di Pss Vigilanza e ha dichiarato irricevibile e respinto i ricorsi incidentali di Civis, ordinando il subentro del ricorrente principale nel contratto e il risarcimento del danno per equivalente per la parte del contratto già eseguita.

La suddetta sentenza è stata appellata da Civis, che ha dedotto, a sostegno dell'appello, i seguenti motivi di diritto:

I) error in procedendo e in iudicando, in relazione alla ritenuta intempestività del ricorso incidentale promosso dal RTI Civis avverso l'ammissione in gara della ricorrente principale PSS;

II) riproposizione dei motivi di ricorso incidentale non esaminati dal TAR, perché erroneamente ritenuti tardivi: violazione del bando di gara (punto III.2, punto III.2.2., III.2.3, III.3.1) e del disciplinare (artt. 6 e 7), nella parte in cui sono ivi stabiliti i requisiti di partecipazione; violazione dell'art. 48 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 134 T.U.L.P.S. (R.D. n. 773 del 1931), del dM n. 269 del 2010; violazione dei principi di par condicio e proporzionalità; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e ingiustizia manifesta; violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione del bando di gara (III.2.2.) e del disciplinare (art. 7) nella parte in cui sono ivi stabiliti i requisiti minimi di partecipazione; violazione dell'art. 83 e 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e per travisamento dei fatti;

III) error in procedendo e in iudicando in relazione al rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso del Rti PSS (di cui al R.G. n. 593/2018) per omessa impugnazione del provvedimento adottato dal RUP e recante la lista degli ammessi e degli esclusi;

IV) error in procedendo e in iudicando in relazione al capo della sentenza del TAR con cui è stato accolto il secondo motivo del ricorso principale nel giudizio (R.G. n. 593/2018); *error in procedendo e in iudicando* e vizio di

motivazione, in relazione al capo della sentenza con cui è stato respinto il terzo motivo del ricorso incidentale avverso l'art. 7 del disciplinare, per come letto da Pss. Vigilanza.

Si sono costituiti Pss Vigilanza s.r.l. per resistere all'appello e la Fondazione La Biennale di Venezia in adesione all'appello.

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

All'udienza pubblica del 7 novembre 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto contro la sentenza del Tar Veneto n. 1189 del 2018, che, previa riunione dei giudizi, ha accolto i ricorsi del Rti Pss Vigilanza s.r.l. per l'annullamento dell'ammissione e dell'aggiudicazione al Rti Civis s.p.a. della gara per l'affidamento del *“Servizio di sorveglianza armata per le manifestazioni organizzate dalla fondazione La Biennale di Venezia per il biennio 2018-2019”* per un importo a base di gara di € 1.207.100,00, ha dichiarato parzialmente irricevibili e per il resto respinto i ricorsi incidentali dell'aggiudicatario, ordinando il subentro del ricorrente principale nel contratto e il risarcimento del danno per equivalente per la parte del contratto già eseguita.

Assorbente ai fini della presente decisione è l'esame del quarto motivo di appello, con il quale l'appellante si duole dell'erroneità della sentenza in relazione al capo della stessa con cui è stato accolto il secondo motivo del ricorso principale nel giudizio R.G. n. 593/2018.

Con tale censura Pss Vigilanza ha dedotto la carenza, in capo alla mandante del Rti Civis *“Vedetta 2 Mondialpol”*, dei requisiti di capacità economico-finanziaria di cui all'art. 7 del disciplinare di gara concernenti il fatturato medio specifico e il costo medio del personale.

Dalla documentazione versata in atti si ricava quanto segue:

L'art. 7 del disciplinare, stabiliva che: *“A pena di esclusione dalla gara, il concorrente deve dimostrare: - di aver realizzato negli ultimi tre esercizi (2015-2016-2017) ... un fatturato medio riferito all'attività specifica oggetto della gara pari almeno al doppio dell'importo posto a base di gara per il periodo di attività, ovvero 2.414.200,00 euro. ... - che il costo medio per la dotazione organica ... negli ultimi tre esercizi (2015-2016-2017) ... sia pari almeno al 20% del fatturato medio di cui sopra”* e, quindi, almeno pari ad euro 482.840.

Lo stesso art. 7 stabiliva che, in caso di partecipazione in forma di Rti: *“... ciascuna mandante, per lo stesso periodo, dovrà possedere un fatturato/costo per la dotazione organica non inferiori al 15% del valore indicato ...”* pari a 362.130 euro di fatturato medio specifico e 72.360 euro di costo medio del personale.

La mandante del Rti Civis “Vedetta 2 Mondialpol”, nel compilare l'allegato A.1 dell'offerta, inseriva, invece dei dati relativi al triennio 2015-2016-2017 indicati nel disciplinare di gara, quelli relativi al triennio 2014-2015-2016, specificando che i dati inerenti al 2017 *“sono ancora provvisori”*, atteso che il bilancio della Vedetta 2 Mondialpol relativo all'esercizio 2017 non era disponibile, in quanto non ancora approvato, né alla data di pubblicazione del bando (febbraio 2018), né al momento della presentazione dell'offerta (marzo 2018). Invero, gli unici dati che potevano essere desumibili erano quelli degli esercizi disponibili in quel momento, cioè quelli del triennio 2014-2015-2016.

Da tali dati emergeva una capacità economico-finanziaria di indubbio rilievo, in quanto, a fronte di un fatturato medio specifico richiesto alla mandante di € 362.130, la stessa aveva dichiarato, per il triennio 2014-2015-2016, un importo di € 21.978.935 (di cui € 18.096.153 per il 2014; € 20.370.751 per il 2015; ed oltre 27 milioni per il 2016), mentre rispetto al costo medio del personale richiesto alla mandante di almeno 72.360 euro, la stessa aveva indicato un importo di quasi 5 milioni di euro.

Pss Vigilanza ha contestato la mancata esclusione del Rti Civis, atteso che la mandante Vedetta 2 Mondialpol aveva inserito i dati relativi al triennio 2014-2015-2016 (invece che 2015-2016-2017), omettendo di fornire il dato dell'esercizio 2017, in assunta violazione del disciplinare di gara.

Sul punto, la sentenza ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del motivo per carenza d'interesse, sollevata dal Rti Civis e dalla Fondazione in quanto la Vedetta 2 Mondialpol risultava comunque in possesso del requisito nella misura richiesta a ciascuna mandante, anche considerando solo gli esercizi 2015-2016 e attribuendo valore zero all'esercizio 2017; ed ha accolto la censura nel merito, ritenendo che l'omessa indicazione dei dati del bilancio di esercizio del 2017 integrasse in sé una violazione idonea a determinare l'esclusione. Infine, ha respinto il motivo di ricorso incidentale a mezzo del quale il Rti Civis aveva impugnato in via subordinata la *lex specialis* di gara, ove intesa nel senso, fatto proprio dalla ricorrente principale, d'imporre il possesso dei requisiti di capacità economica con riferimento finale all'esercizio 2017, anche laddove i dati di bilancio non fossero ancora "disponibili" alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, per violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'allegato XVII, parte I, lett. c), al codice.

Il Collegio non condivide le statuizioni della sentenza.

Invero, dalla mera lettura dell'art. 7 del disciplinare di gara è evidente che fosse richiesto ai concorrenti di comprovare il valore medio del fatturato nel triennio di riferimento (2015-16-17), e non un fatturato minimo per ciascuno dei tre anni richiesti.

La mancata dichiarazione per il 2017, peraltro dovuta ad un ritardo nell'approvazione del bilancio e perciò nell'incertezza dei relativi dati, non ha avuto alcun rilievo, atteso che, anche volendo tener conto delle sole annualità 2015 e 2016, (€ 20.370,751 e € 27.169.901), e calcolando su quei soli importi il fatturato medio del triennio comprensivo del 2017, risultava comunque un valore largamente superiore al requisito richiesto in gara.

Risulta, dunque, evidente l'effettivo possesso (e in misura largamente eccedente la misura richiesta) del requisito di capacità economico-finanziaria, sia in capo al Rti Civis nel suo complesso, che in capo alla singola mandante Vedetta 2 Mondialpol.

Riguardo, infine, alla lamentata violazione dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 77 e 216, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, con riferimento a presunti vizi nella nomina della commissione giudicatrice e all'assunta incompetenza dei membri della stessa (presidente il direttore generale della Biennale, altri due membri il direttore degli affari legali e il dirigente dei servizi tecnico-logistici), censura assorbita dalla sentenza e riproposta da parte di Pss Vigilanza con memoria *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.*, la stessa è infondata e si risolve in una doglianza puramente formale, essendo sufficiente richiamare il più recente orientamento sostanzialista, secondo il quale: *«sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedura in un atto fonte della stazione appaltante, l'operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza. Circostanza che nel caso di specie è da escludere, potendosi condividere quanto in proposito affermato dal primo giudice, ossia, che “la nomina della commissione giudicatrice appare sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l'insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all'incarico ricevuto»* (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Pss Vigilanza s.r.l. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti delle appellanti e della Fondazione La Biennale di Venezia, in solido e per la stessa quota, che si liquidano in complessivi euro 6000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO