



REPUBBLICA ITALIANA

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 904 del 2014, proposto da:
Istituto di Vigilanza Privata della Provincia di Viterbo, rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Lubrano e Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Flaminia, 79;

contro

SIPRO Sicurezza Professionale s.r.l. Unipersonale, in proprio e quale mandataria costituendo RTI con C.G.S. General Service Società Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Paolo e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Principessa Clotilde n.2;

nei confronti di

Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Ricci, con domicilio eletto presso Avvocatura Regionale in Roma, via Marcantonio Colonna 27; AUSL Viterbo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA - SEZIONE III QUATER n. 00828/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza e custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle aziende sanitarie di Frosinone, Rieti e Viterbo - ris.danni - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sipro Sicurezza Professionale srl Unipersonale, in proprio e quale mandataria costituendo RTI con CGS General Service Società Cooperativa, e della Regione Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Lubrano Enrico e Filippo, Clarizia Angelo e Ricci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma – Sezione III Quater, con sentenza n. 828 del 15 gennaio 2014 depositata il 22 gennaio 2014, ha accolto il ricorso proposto dalla SIPRO Sicurezza Professionale s.r.l. Unipersonale (di seguito, SIPRO), con sede in Roma, avverso la determinazione n. B02745 in data 1° luglio 2013 con cui la Regione Lazio ha aggiudicato all'Istituto di Vigilanza della Provincia di Viterbo s.r.l., gestore uscente, il lotto 3 per il servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici per le AA.SS.LL. di Frosinone, Rieti e Viterbo, a seguito di procedura aperta indetta con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 25 maggio 2011 e sulla G.U.R.I. del 20 maggio 2011.

Il T.A.R. ha ritenuto fondate le censure dedotte in merito all'ammissione dell'Istituto di Vigilanza aggiudicatario alla procedura e relative alla mancata dichiarazione ex art. 38 del D.Lvo n. 163/2006 con riguardo al responsabile tecnico, figura ritenuta indispensabile anche con richiamo alla sentenza della V (non III) Sezione n. 4328/2013, nonché, con riferimento alla Adunanza Plenaria n. 8/2012, alla irregolarità della posizione contributiva e fiscale come emergeva dai bilanci di esercizio agli atti, non rilevando il certificato dell'Agenzia delle Entrate del 3 luglio 2013 e il DURC in data 6 agosto 2013, successivi quindi al 19 luglio 2011, data di scadenza di presentazione delle offerte.

I giudici di primo grado hanno soggiunto che, seppur ininfluyente ai fini del decidere, la Commissione ha erroneamente espresso un giudizio positivo in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, nonostante più richieste di elementi chiarificatori e una documentazione prodotta successivamente e insufficiente a superare le richieste della Commissione, che quindi, data la particolarità del caso, avrebbe dovuto comunque motivare quel giudizio anche se positivo.

Si dispone pertanto l'annullamento dell'aggiudicazione, la caducazione dell'eventuale contratto stipulato e l'aggiudicazione alla SIPRO, così risarcendo in forma specifica la stessa.

Ha condannato infine la Regione Lazio e l'Istituto aggiudicatario al pagamento delle spese di giudizio.

2. L'Istituto di Vigilanza Privata di Viterbo, con atto notificato il 3 febbraio 2014 e depositato in pari data, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, deducendo la legittimità dell'operato della Commissione e della Stazione appaltante grazie alla asserita regolarità delle dichiarazioni effettuate e della documentazione prodotta nel suo complesso e in particolare per i requisiti censurati dal T.A.R., che avrebbe basato la propria sentenza su "meri vizi formali" in verità insussistenti, violando così il principio generale volto a valorizzare le "forme sostanziali" e che avrebbe dovuto indurre a ricorrere al soccorso istruttorio e a richiedere adempimenti istruttori anche in giudizio, in considerazione altresì della tassatività delle cause di esclusione.

Nello specifico si era dimostrato sia il possesso in capo al responsabile tecnico dei requisiti ex art. 38 peraltro inapplicabile alla fattispecie anche perché relativa a servizi ed essendo quella figura distinta e non analoga, come sostenuto, a quella del direttore tecnico, prevista dal bando e regolarmente dichiarata; sia la regolarità contributiva e fiscale per gli anni 2011-2012 e 2013, come da autodichiarazione e documentazione poi prodotta, nonostante l'onere dell'Amministrazione di acquisire d'ufficio le certificazioni stesse. La valutazione positiva della congruità dell'offerta, in quanto *per relationem*, non era da motivare anche perché effettuata al termine di un procedimento complesso ed esauriente.

Formula infine domanda risarcitoria.

Con memorie depositate il 18 e 21 marzo 2014 vengono ribadite le argomentazioni già svolte con l'appello e si replica alle censure prodotte in primo grado e riproposte in questa fase.

3. Con decreto monocratico cautelare n. 470 del 3 febbraio 2014 è stata accolta l'istanza sospensiva dell'efficacia della sentenza impugnata limitatamente alla stipula del contratto e alla consegna del servizio alla SIPRO.

4. La SIPRO Sicurezza Professionale s.r.l. Unipersonale si è costituita con atto depositato il 3 febbraio 2014 e con memoria depositata il 15 febbraio 2014 ha replicato argomentatamente ai motivi dell'appello a sostegno della sentenza appellata.

Si sottolinea che non è intervenuta ancora l'aggiudicazione definitiva e si eccepisce altresì l'inammissibilità dell'appello essendosi, a suo avviso, formulato il giudicato sulla carenza della regolarità contributiva e fiscale, censurata dal T.A.R..

Si ripropongono infine le censure prodotte e assorbite in primo grado, relative a asserite sottostime di rilevanti voci di costo dell'offerta dell'appellante non verificate dall'Amministrazione circa il costo del personale adibito alla vigilanza armata e non e di quello di supporto, i costi di formazione, gli oneri per la sicurezza, le spese generali, il parco auto, gli investimenti, l'utile aziendale.

5. La Regione Lazio si è costituita con memoria depositata il 14 febbraio 2014, ribadendo la legittimità dell'operato dell'Amministrazione, sottolineando in particolare la tardiva trasmissione del DURC da parte della "Centrale acquisti", struttura regionale addetta al controllo.

6. La causa, rinviata alla trattazione del merito nella camera di consiglio del 18 febbraio 2014, all'udienza pubblica del 3 aprile 2014, è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello è fondato e la sentenza impugnata va pertanto riformata con il rigetto del ricorso di primo grado.

I giudici di primo grado si sono soffermati essenzialmente su due censure sollevate dalla ricorrente SIPRO, volte all'esclusione dell'Istituto di Vigilanza di Viterbo aggiudicatario dalla procedura di affidamento, e ritenute fondate.

In particolare il *thema decidendum* ha avuto ad oggetto la mancata dichiarazione del responsabile tecnico dell'Istituto di Vigilanza attestante il possesso dei requisiti generali ex art. 38 D.Lvo n. 136/2006 e la carenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva alla data di scadenza per la presentazione delle offerte.

Si premette che la partecipazione agli appalti pubblici, siano essi per forniture o servizi o forniture, sono ormai disciplinati da puntuali disposizioni normative anche comunitarie, che sono volte chiaramente alla chiarezza e trasparenza delle procedure, alla *par condicio*, alla tutela della concorrenza, al *favor participationis*, alla tassatività delle cause di esclusione, al soccorso istruttorio laddove non si tramuti nell'integrazione sostanziale o nella modifica dell'offerta, all'inammissibilità di clausole *ultra legem* che in pratica si risolvono in meri appesantimenti formali e burocratici, all'approccio interpretativo rivolto a valorizzare il contenuto effettivo dell'offerta, e quindi quelle disposizioni sono poste proprio al fine precipuo di assicurare che l'esito della gara venga a premiare in effetti la migliore offerta economica e tecnica, alla luce della corrispondenza degli aspetti formali con quelli sostanziali, dei requisiti di partecipazione con la verifica dei documenti prodotti a supporto, e quindi salve le dichiarazioni non corrispondenti al vero.

In tali sensi depone ormai, sia in generale che nello specifico, la più recente giurisprudenza (da ultimo Sezione III nn. 4370/2013 e 1487/2014; Adunanza Plenaria n. 9/2014) e la stessa normativa (cfr. art. 4 del D.L. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, e art. 4 del D.L. n. 34/2014).

Orbene, a ben leggere, nella fattispecie non si evidenziano violazioni o carenze sia sul piano formale che sostanziale tali da vanificare il risultato finale della selezione e quindi non si condividono le sia pure estese argomentazioni svolte dal giudice di prime cure.

Quanto alla figura del responsabile tecnico, qui all'esame, a prescindere dall'oggetto dell'appalto, si richiedeva la dichiarazione ex art. 38 per il direttore tecnico e la stessa è stata effettuata ed era quindi di per sé sufficiente ai fini della partecipazione, posto che identico adempimento non era previsto dal bando anche per il responsabile tecnico, e tale figura non può nel caso di specie ritenersi di certo assimilabile a quella del direttore tecnico, per di più in via interpretativa, se si ha riguardo soprattutto ai compiti in concreto affidati allo stesso nell'azienda e non particolarmente incisivi.

In proposito pertanto non rilevano neppure la dedotta mancata chiarezza del bando e la sua più o meno corretta interpretazione, asseriti errori scusabili, ipotetici soccorsi istruttori, la successiva prova del possesso del requisito ovvero la stessa richiamata sentenza n. 4328/2013 che concerne diversa fattispecie in cui peraltro l'organigramma aziendale non prevedeva il direttore tecnico bensì il responsabile tecnico.

Quanto alla carenza di regolarità fiscale e contributiva all'atto della presentazione della domanda di partecipazione il giudice di primo grado ha fatto ricorso a tal fine alle risultanze debitorie nei bilanci di esercizio versati in gara e ha sottolineato la tardività dei documenti, poi versati, dell'Agenzia delle Entrate in data 30 luglio 2013 e dell'INPS in data 9 agosto 2013, per affermare la violazione sempre del citato art. 38 e il difetto di istruttoria.

Anzitutto va disattesa l'eccezione di inammissibilità, dedotta dalla SIPRO, per il giudicato asseritamente formatosi sul punto, posto che la difesa di primo grado risulta aver replicato esplicitamente alla censura proposta sempre dalla SIPRO peraltro in forma assertiva. Quindi si rileva che l'Istituto di Vigilanza ha autocertificato il possesso del requisito alla data di presentazione della domanda e i documenti successivamente prodotti, a parte la tardività della trasmissione al legale dell'Istituto, sono stati acquisiti in sede di controllo da parte della struttura regionale all'uopo deputata e hanno comprovato la dichiarazione.

Non sussiste pertanto il dedotto difetto di istruttoria e non è stata commessa la asserita violazione del citato art. 38 nella considerazione che si può sostenere senza contrasto che il requisito della regolarità fiscale e contributiva era stato dichiarato tempestivamente e quindi era esistente all'atto

della presentazione dell'offerta, come poi dimostrato, e che nella fattispecie non si era accertata alcuna regolarizzazione successiva.

In proposito si richiamano le recenti Adunanze Plenarie nn. 8/2012 e 20/2013, che si sono soffermate essenzialmente su detta regolarità fiscale in caso di rateizzazione del debito tributario e sua estinzione, ribadendo che la sussistenza di quel requisito, in aderenza anche a principio affermatosi in sede comunitaria, deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte.

Per completezza si richiama l'art. 15 della legge n.183/2011, che ha novellato gli art. 40 e segg. T.U. n.445/2000, secondo cui l'Amministrazione ha l'obbligo di acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati qualora in possesso di altre Amministrazioni, applicabile anche in materia di appalti pubblici (cfr. III n. 4785/2013), in atto con l'attivazione della banca dati nazionale dei contratti pubblici (Bdncp), operativa presso l'AVCP, e con la centralizzazione di tali controlli; peraltro in tema di DURC la normativa di cui al citato D.L. n. 34/2014 contiene significative semplificazioni per l'acquisizione e la verifica d'ufficio on-line di tale requisito.

Infine, il T.A.R. poi, pur ritenendola ininfluenta, ha esaminato ed accolto anche la censura relativa alla verifica positiva dell'anomalia dell'offerta dell'Istituto nel caso ritenuta carente di motivazione.

In merito alla verifica delle offerte anomale, anche per esigenze di economia processuale, si fa richiamo, quanto ai principi affermati, alla precedente sentenza di questa Sezione n. 1487/2014.

Nella fattispecie risulta che il relativo procedimento è stato effettuato dalla Commissione e dal responsabile del procedimento nella forma e con le procedure prescritte con la richiesta, ripetuta, di chiarimenti e giustificazioni in merito alla congruità delle offerte delle aziende per i vari lotti e per il lotto 3, che qui interessa, alle due società in contenzioso, fino a tenere il contraddittorio-audizione per poi ritenere definitivamente giustificata e congrua l'offerta dell'Istituto di Viterbo, come da puntuale ricostruzione riportata nella determinazione regionale di aggiudicazione n. B02745 del 1° luglio 2013.

E' notorio che la giurisprudenza ritiene in generale che in tal caso il giudizio positivo non abbisogni di una specifica ed estesa motivazione, come peraltro riconosciuto dallo stesso giudice di primo grado, e che quindi è sufficiente il richiamo *per relationem* alle operazioni ed alle risultanze dello specifico procedimento, come avvenuto nel caso di specie con la necessità di più approfondimenti e con una analisi finale che ha portato al giudizio positivo sull'offerta, che non richiedeva quindi alcuna ulteriore forma di soccorso istruttorio ed è quindi non sindacabile in quanto immune da macroscopici vizi di illogicità e irrazionalità.

A supporto di tali argomentazioni e ad *abundantiam*, si soggiunge che la disamina delle giustificazioni dell'Istituto si appalesa analitica ed esauriente relativamente alle voci di costo, all'utile previsto, ai criteri seguiti e al prezzo offerto.

In effetti le censure di merito dedotte dalla SIPRO circa la congruità dell'offerta dell'Istituto di Vigilanza di Viterbo si traducono in valutazioni di parte volte a sostituire in modo assertivo e opinabile le determinazioni assunte dalla Commissione senza peraltro dimostrare la cd. "prova della resistenza" e il conseguimento in ogni caso di un risultato chiaramente positivo.

D'altra parte la verifica delle offerte anomale, ex art. 55 direttiva CE n. 18/2004 e artt. 87 e 88 Codice dei contratti, offrono alle Amministrazioni uno strumento di controllo finale delle offerte a garanzia *in primis* del risultato e dell'aggiudicazione con un apprezzamento discrezionale della

convenienza complessiva dell'offerta ritenuta migliore e del conseguente importo complessivo, nel presupposto che l'eventuale incongruità di talune voci di costo non comporta di necessità l'anomalia dell'offerta nel suo complesso, con conseguente stravolgimento e vanificazione, tramite il giudizio di anomalia, dell'esito della gara (cfr. citata n. 1487/2014).

epperò nella fattispecie il giudice di prime cure ripercorre l'iter che ha preceduto quel giudizio, non proprio pacifico bensì sofferto, riportato anche nella deliberazione di aggiudicazione, e così l'insufficienza degli elementi forniti e le continue richieste di chiarimenti fino all'audizione dell'Istituto senza peraltro superare le perplessità insorte e senza dare quindi una sia pure sintetica indicazione a tal fine, dei motivi e degli elementi che in modo chiaro e conclusivo avevano indotto la Commissione a superare le stesse perplessità.

Ciò premesso, per le considerazioni che precedono l'aggiudicazione del servizio, come già disposto dalla Regione, va confermata a favore dell'Istituto di Vigilanza della Provincia di Viterbo con la conseguente stipula del contratto.

Nessuna determinazione va adottata circa la domanda risarcitoria, invero generica, posto che il predetto Istituto, affidatario uscente, ha continuato a svolgere il servizio senza soluzione di continuità a seguito del citato decreto cautelare monocratico n.470/2014.

8. Ne consegue che l'appello va accolto e la sentenza impugnata è da riformare con il rigetto del ricorso di primo grado.

Tenuto conto della complessità della fattispecie si ritiene di disporre la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

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 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2014

IL SEGRETARIO

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