

ubblicato il 16/02/2021

N. 01888/2021 REG.PROV.COLL.

N. 11418/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 11418 del 2020, proposto dalla società Urban Security Investigation Italia a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Quadrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto *ex lege* presso la sede dell'Avvocatura in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Securpool S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento pubblicato in data 14.11.2020, nonché tutti gli altri atti ad esso presupposti e/o successivi, con il quale la stazione appaltante ha manifestato, per i lotti n. 12 e/o 13, mediante l'esternazione di procedere oltre con gli atti gara, l'intenzione di non correggere i dati del personale impiegato e di non rendere edotti i partecipanti di tale soccorso istruttorio sottraendosi così a precisi obblighi di legge, nonché a quanto intimato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel parere precontenzioso n. 786/2020 e riassegnare termine alla concorrente, così come agli altri partecipanti al fine di rimodulare le proprie offerte tecniche ed economiche ai dati legittimi, così, resi noti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 la dott.ssa Marina Perrelli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020;

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

1. La società ricorrente, attuale affidataria ed esecutrice del servizio di vigilanza armata presso gli uffici giudiziari facenti capo al distretto Frosinone - Cassino in virtù di contratto stipulato con la Procura della Repubblica di Roma a seguito di procedura ad evidenza pubblica, ha partecipato alla gara bandita da Consip s.p.a. in data 9.1.2020 per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia con identificativo ID 2201, suddivisa in lotti, presentando l'offerta per il lotto n. 12 (sedi giudiziarie di Frosinone –Cassino) e il lotto n. 13 (sede giudiziaria di Latina).

1.2. La società ricorrente ha esposto: a) che la *lex specialis* di gara, prevede, a salvaguardia della realtà occupazionale, la c.d. "clausola sociale" e il correlato obbligo

di riassorbimento del personale impiegato nel servizio oggetto di aggiudicazione; b) che nel corso della procedura sono state rilevate delle discrasie e delle incongruenze tra i dati indicati da Consip nell'allegato 14 in merito al personale impiegato e i dati effettivi del personale impiegato nel servizio di guardiania dei lotti n. 12 e 13, oggetto della presente controversia; c) che la società ricorrente ha, pertanto, inoltrato in data 21.7.2020 istanza di parere, attivando la procedura di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016; d) che la Consip in data 29.7.2020 ha corretto i dati del personale impiegato nei predetti servizi mediante la tecnica della *errata corrige*; e) che l'ANAC con delibera n. 786 del 2020 ha affermato che "in conformità al criterio dettato al paragrafo 3.3 delle linee guida n. 13/2019, ai fini dell'applicazione della clausola sociale, la Stazione appaltante è tenuta a fornire i dati relativi al personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento" ed ha, pertanto, invitato la stazione appaltante "a verificare se i dati relativi al personale attualmente impiegato nell'espletamento del servizio presso i lotti n. 12 e 13, rettificati con l'errata corrige n. 5, siano coerenti con il criterio temporale di cui al par. 3.3. delle Linee Guida dell'Autorità n. 13/2019, espressamente richiamato nel disciplinare di gara, ovvero sono riferiti al personale impiegato al 15.10.2019 adottando, se del caso, ogni provvedimento idoneo a garantire la corretta applicazione della clausola sociale"; f) che in data 14.11.2020 la stazione appaltante ha comunicato che avrebbe proceduto con le operazioni di gara, mediante apertura delle offerte tecniche, senza aver proceduto alle verifiche indicate dall'ANAC; g) che con istanza di riesame del 17.11.2020 la società ricorrente ha chiesto l'annullamento della nota del 14.11.2020 di comunicazione della fissazione della data del 18.11.2020 per la seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche, nonché la sospensione delle operazioni di gara con riassegnazione dei termini per tutti i concorrenti, a seguito

della modifica dei dati relativi al personale in esecuzione della delibera di precontenzioso; h) che la predetta istanza è rimasta senza risposta.

1.3. Tutto ciò premesso la società ricorrente deduce l'illegittimità degli atti adottati dalla stazione appaltante per violazione della *lex specialis*, delle linee guida Anac n. 13/2019, della delibera Anac n. 786/2020 resa in sede di parere precontenzioso, della c.d. clausola sociale, del principio della continuità occupazionale.

2. La Consip s.p.a., costituita in giudizio, ha, a sua volta, esposto: a) che con riferimento ai lotti 12 e 13, oggetto di impugnativa, l'unico servizio richiesto è la vigilanza fissa e che l'offerta economica si basa, pertanto, su un ribasso sul prezzo unitario a base d'asta di euro 24,01/ora; b) che con nota del 29.7.2020 prot. n. 32067 ha manifestato all'ANAC la volontà di non aderire all'istanza di precontenzioso proposta dall'odierna ricorrente, sul presupposto che le contestazioni fossero "dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale sono già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale" e in quanto tali inammissibili, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", non essendo mai intervenuta alcuna impugnazione del bando di gara; c) che, previa apposita istruttoria svolta con l'amministrazione delegante, la stazione appaltante ha comunque proceduto alla verifica dei dati concernenti le maestranze in servizio nei lotti n. 12 e n. 13 e al loro aggiornamento con apposito avviso di rettifica; d) che il 5.8.2020 si è tenuta la seduta di apertura delle offerte e per il lotto 12 sono state presentate 11 offerte, mentre per il lotto 13 ne sono state presentate 14; e) che, a seguito della delibera dell'ANAC n. 786 del 7.10.2020, comunicata il successivo 20.10.2020, la Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma ha inviato in data 4.11.2020 alla Consip una comunicazione con la quale ha confermato l'esattezza dei dati riportati nell'ultimo avviso di rettifica pubblicato nel luglio 2020 e che, pertanto, in data

13.11.2020, il R.U.P. ha notiziato, attraverso il Sistema telematico su cui si svolge la procedura, tutti i concorrenti della fissazione della seduta pubblica del 18.11.2020 per l'apertura delle offerte tecniche; f) che in data 17.12.2020 con nota prot. n. 54328 la stazione appaltante, a fronte della richiesta di riesame della Urban Security Investigation Italia S.r.l. del 17.11.2020, ha evidenziato il carattere non vincolante del parere rilasciato dall'ANAC e ribadito la prosecuzione delle operazioni di gara, nonché con separata nota ha comunicato all'ANAC, in riscontro alla richiesta di cui alla delibera del 7.10.2020, di avere proceduto alla verifica richiesta e di avere ricevuto dall'Amministrazione committente la conferma dell'esattezza dei dati pubblicati con l'errata corrige n. 5.

2.1. Ciò posto, la Consip ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e genericità delle censure. In particolare la stazione appaltante ha evidenziato la natura endoprocedimentale della comunicazione di convocazione della seduta di apertura delle offerte tecniche, nonché la mancanza della dimostrazione sia della titolarità di una posizione giuridica lesa dalla comunicazione impugnata, sia dell'utilità sostanziale che la società ricorrente ritrarrebbe dall'eventuale esito favorevole del gravame, avendo la comunicazione integralmente esaurito i propri effetti essendo in corso l'esame delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice. Ad avviso della Stazione appaltante non sarebbe neanche specificamente dedotto il presunto pregiudizio alla posizione dei lavoratori attualmente impiegati, alla cui tutela è preordinata la clausola sociale, deducendosi solo che i lavoratori attualmente impiegati nei due lotti, oggetto di controversia, avrebbero "un inquadramento ad un livello più alto di almeno una risorsa e di sicuro nei successivi sei mesi i livelli e gli scatti di anzianità di tutte le risorse impegnate avrebbero potuto subire solo un incremento" ed evidenziandosi che "l'impresa entrante ben potrebbe rifiutarsi di assumere le maestranze uscenti per difetto di conoscenza delle stesse".

2.2. La Consip ha concluso, quindi, per l'inammissibilità del ricorso ovvero nel merito per la sua infondatezza atteso che non vi sarebbe alcuna violazione delle determinazioni assunte dall'ANAC in sede precontenziosa sia per aver proceduto la Stazione appaltante alle verifiche richieste, sia perché i dati di fabbisogno indicati nell'Appendice 1 al Capitolato Tecnico possono, in alcuni casi, non coincidere con quelli oggetto del/i contratto/i attualmente in essere, essendo il fabbisogno espressione delle attuali esigenze della committente, non del tutto coincidenti con quelle pregresse e suscettibili di variazioni nel tempo.

3. Con memoria depositata l'11.1.2021 la società ricorrente ha evidenziato le incongruenze e le discrasie relative ai dati del personale attualmente impiegato indicato nell'allegato 14 e quelli reali, insistendo per l'accoglimento della domanda cautelare.

4. All'udienza camerale del 13.1.2021 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., della possibilità di definizione della controversia con sentenza in forma semplificata.

5. L'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Consip, è fondata e meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni.

5.1. La società ricorrente impugna la nota del 14.11.2020 con la quale la S.A., tramite MEPA, ha comunicato ai concorrenti che "il 18 novembre p.v. alle ore 10.30 avverrà la seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche relative alla gara in oggetto".

La ricorrente ne deduce l'illegittimità in quanto la S.A. avrebbe proseguito nell'*iter* della procedura senza procedere alle verifiche indicate dall'ANAC nella delibera n. 786 del 7.10.2020, adottata all'esito della procedura precontenziosa avviata su istanza della Urban Security Investigation Italia S.r.l., in ordine alla coerenza dei "dati relativi al personale attualmente impiegato nell'espletamento del servizio presso i lotti n. 12 e 13, rettificati con l'errata corrige n. 5, (..) con il criterio temporale di cui al par. 3.3. delle Linee Guida dell'Autorità n. 13/2019,

espressamente richiamato nel disciplinare di gara ovvero sono riferiti al personale impiegato al 15.10.2019 adottando, se del caso, ogni provvedimento idoneo a garantire la corretta applicazione della clausola sociale”.

5.2. Tanto premesso, il Collegio non può non convenire con la difesa della Consip sul fatto che l'unico atto espressamente impugnato dalla ricorrente, vale a dire la comunicazione del 14.11.2020, non ha alcun contenuto provvedimentale, limitandosi esclusivamente a notiziare i concorrenti della data fissata dalla Commissione per la seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche.

Né, ad avviso del Collegio, la circostanza che la predetta nota sia il primo atto successivo alla comunicazione -avvenuta il 20.10.2020 - alla stazione appaltante della delibera n. 786 del 7.10.2020, resa dall'ANAC in sede di procedura precontenziosa, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, vale a modificarne la natura endoprocedimentale e a renderla immediatamente impugnabile in quanto manifestazione dell'omessa attuazione da parte della Consip delle verifiche indicate dalla detta autorità.

Rileva, infatti, il Collegio che dal tenore letterale della citata nota del 14.11.2020 non si può inferire nulla di tutto ciò e che, anzi, la documentazione allegata e, in particolare, la nota del 17.12.2020 prot. n. 54328 di riscontro alla istanza di riesame della ricorrente e la nota inviata nella stessa data all'ANAC per comunicare le verifiche eseguite, a seguito della delibera n. 786/2020, comprovano con certezza che la nota impugnata fosse priva della valenza attribuitale in sede di gravame.

5.3. Merita, infine, di essere evidenziato che il parere reso dall'ANAC ai sensi dell'art. 211 del d.Lgs. n. 50/2016 non è vincolante laddove come è avvenuto nel caso specie le parti non abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto da esso stabilito e non si siano vincolate alla sua osservanza. Secondo la condivisibile giurisprudenza, la stessa impugnabilità del suddetto parere è conseguenza naturale, sul piano costituzionale (art. 113 Cost.), del carattere decisorio e autoritativo della

determinazione dell'Autorità: si tratta di atto che, per quanto a conseguenze sostanziali preaccettate dagli interessati, incide comunque su posizioni di interesse legittimo perché essi hanno comunque interesse all'esercizio legittimo di quel particolare potere amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, V, 25.7.2018, n. 4529).

Nel caso di specie va, inoltre, evidenziato che la Stazione appaltante, benché non si fosse vincolata alle risultanze del parere, ha comunque proceduto ad effettuare le verifiche sulla coerenza dei dati relativi al personale attualmente impiegato nell'espletamento del servizio presso i lotti n. 12 e 13, rettificati con l'errata corrige n. 5, e che la Procura Generale presso la Corte di Appello di Roma, con nota del 4.11.2020, ha confermato i dati pubblicati sulla piattaforma informatica a seguito dell'errata corrige 5, specificando che i suddetti dati sono stati richiesti agli istituti di vigilanza al tempo esecutori del servizio e poi trasmessi via mail alla Direzione Generale Risorse Materiali e Tecnologie.

6. Alla luce delle suesposte circostanze il Collegio ritiene, pertanto, che il ricorso sia inammissibile sia perché con lo stesso sono stati impugnati atti di natura endoprocedimentale sia perché non sussiste un interesse concreto ed attuale.

6.1. Secondo la consolidata giurisprudenza, ribadita anche di recente nella sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 2969 del 12.5.2020, "l'interesse ad agire si collega alla "lesione della posizione giuridica del soggetto" e sussiste qualora "sia individuabile un'utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento" (Cons. Stato, II, 20 giugno 2019, n. 4233); esso è individuato in particolare nel vantaggio che il ricorrente può conseguire per effetto dell'accoglimento del ricorso, e consiste nella "concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto" (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 83; II, 24 giugno 2019, n. 4305; IV, 1 marzo 2017, n. 934; 23 agosto 2016, n. 3672; VI, 21 marzo 2016, n. 1156; IV, 20 agosto 2015, n. 3952)".

6.2. Nel caso di specie, per tutte le ragioni esposte non è dato ravvisare alcuna utilità della quale parte ricorrente fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento gravato giacché la nota del 14.11.2020 non ha alcuna incidenza sulla asserita, indimostrata e comunque non obbligatoria mancata conformazione dell'operato della Stazione appaltante al parere precontenzioso dell'ANAC.

7. Per tutte le suesposte ragioni il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

8. Sussistono nondimeno giusti motivi, attesa la peculiarità della fattispecie esaminata, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4 del D.L. n. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge n. 70/2020, e dall'art. 25 del D.L. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Giovanna Vigliotti, Referendario

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO