



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 3833 del 2012, proposto dall' Istituto di Vigilanza della Provincia di Frosinone "Securpol" s.r.l.; dall' Istituto di Vigilanza Controlpol Servizi di Sicurezza s.r.l.; dall' Istituto di Vigilanza Metronotte Citta' di Cassino s.r.l. e in proprio e quali componenti di r.t.i., rappresentati e difesi dall'avv. Graziano Savo, con domicilio eletto presso l'avv. Anna Maria Venchi in Roma, viale Mazzini, 142;

contro

- Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Ricci, con domicilio in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;
- Azienda Sanitaria Locale di Frosinone, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Diego Perifano, con domicilio eletto presso l'avv. A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 02345/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio integrato di vigilanza, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici e per il risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e dell' Azienda Sanitaria Locale di Frosinone;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2012 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Resta - per delega dell'avv. Savo - Ricci e Paoletti, quest'ultimo per delega dell'avv. Perifano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1). Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee in data 31.12.2009 La Regione Lazio indiceva procedura ristretta per l'affidamento - con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per un periodo di durata di 36 mesi - del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle aziende sanitarie della Regione Lazio, suddivisa in 7 lotti.

Le società Securpol, nella qualità di mandataria-capogruppo, Contropol Servizio di Sicurezza e Metronotte Città di

Cassino - quali mandanti del costituendo r.t.i. - partecipavano alla procedura selettiva formulando offerta esclusivamente per il lotto n. 3, riguardante il servizio di vigilanza mediante piantonamento in favore della A.U.S.L. di Frosinone, per un importo a base pari ad euro 4.629.618,00, i.v.a. esclusa, .

La Commissione di gara, nell'adunanza del 21 ottobre 2010 (verbale n. 5), rilevava, in sede di esame dell'offerta tecnica del r.t.i. con capogruppo la soc. Securpol, *“la mancanza di elementi necessari per consentire la valutazione dell'offerta”* stessa, considerato che *“in particolare, l'offerta non consente la valutazione del dimensionamento della struttura dedicata alla gestione dell'appalto in oggetto, come da nota allegata al presente verbale”*. Conseguentemente, la Stazione appaltante, con determinazione n. B2221 in data 22 marzo 2011, a firma del Direttore del competente Dipartimento regionale, recependo quanto rilevato dalla Commissione giudicatrice, escludeva il predetto raggruppamento dal prosieguo della procedura relativa al lotto 3 (per il quale l'istante risultava unica concorrente), con riserva di indire successivamente una nuova gara per il medesimo lotto (come poi effettivamente avvenuto, giusto relativo bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 31 maggio 2011).

Avverso il provvedimento di esclusione dal concorso e gli atti ad esso connessi, presupposti e conseguenti (in particolare la comunicazione della commissione giudicatrice e i verbali di gara nn. 1, 3, 4 e 5), nonché il bando di nuova gara del 25 maggio 2011 l' r.t.i. Securpol insorgeva avanti al T.A.R. per il Lazio formulando tre motivi di impugnativa, articolati in più specifiche censure di: insufficienza ed illogicità motivazionale; eccesso di potere nei diversi profili del travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; ingiustizia manifesta e/o disparità di trattamento, contraddittorietà; violazione del bando, del capitolato e del disciplinare tecnico; violazione e falsa applicazione dei prestabiliti criteri di aggiudicazione; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 6 della legge n. 241 del 1990; dell'art. 97 della Costituzione.; del principio del *favor participationis*; dei principi di correttezza e buona fede, di trasparenza, veridicità e correttezza amministrativa; illogicità; violazione dell'interesse pubblico all'aggiudicazione, degli atti di gara e dei criteri di aggiudicazione, del giusto procedimento, dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; ulteriore insufficienza ed illogicità della motivazione; illegittimità derivata; violazione dei principi di speditezza e concentrazione delle operazioni di gara.

Il raggruppamento ricorrente formulava, inoltre, domanda risarcitoria per l'indebita esclusione dalla gara e per la mancata aggiudicazione.

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Avverso la sentenza reiettiva le società in raggruppamento hanno proposto atto di appello e, con diffuso ordine argomentativo, hanno contrastato le conclusioni del primo giudice e rinnovato le domande di annullamento degli atti impugnati e di ristoro del danno sofferto a mezzo di reintegrazione in forma specifica, con immissione nell'esecuzione dell'appalto e, ove non possibile, con risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituite in giudizio la Regione Lazio e l' A.U.S.L. di Frosinone che hanno contraddetto con le rispettive memorie i motivi di impugnativa e chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza del 5 ottobre 2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Con il primo mezzo l'appellante si duole che il primo giudice non abbia disposto apposita c.t.u. per verificare, a mezzo dell'apporto di un consulente tecnico all'uopo nominato, la conformità dell'offerta agli elementi contenutistici stabiliti dalla disciplina di gara, con ogni effetto sulla possibilità della commissione di formulare il giudizio valutativo.

E' noto che la consulenza tecnica non è un mezzo di prova vero e proprio, ma costituisce uno strumento istruttorio per la soluzione, sulla scorta delle acquisizioni di causa, di questioni di carattere non strettamente giuridico con l'ausilio di un soggetto tecnicamente qualificato,

Al pari di ogni altro mezzo istruttorio il giudice di merito dispone di un'ampia sfera di apprezzamento discrezionale sull'opportunità di disporre o meno la consulenza tecnica di ufficio e la scelta se avvalersene o meno è sindacabile solo entro limiti molto ristretti.

In questo caso, tuttavia, il problema non si pone perché la questione centrale della controversia – come si è già accennato e come si vedrà meglio più avanti – è quella della interpretazione del bando, nella parte in cui chiedeva una puntuale indicazione della “struttura” che l'impresa offerente intendeva dedicare all'espletamento del servizio. Si tratta manifestamente di questione essenzialmente giuridica, che non abbisogna di una consulenza tecnica, anzi per la quale è persino difficile ipotizzare l'impiego di un simile strumento, a cominciare dalla difficoltà di individuare l'area tecnico-scientifica (ovviamente diversa da quella giuridica) da cui dovrebbe essere tratto l'ipotetico consulente.

3. Sono infondati i restanti motivi di appello.

3.1. Il primo giudice ha disposto l'esclusione dal concorso del ricorrente r.t.i. in corretta applicazione della disciplina di gara, quale risultante dal capitolato speciale d'oneri integrato dal disciplinare tecnico.

L'art. 8.2 dal capitolato speciale d'oneri prevedeva quale onere dei concorrenti, con prescrizioni valide anche per l'affidamento del lotto 3, di inserire nella busta 2, “a pena di esclusione dalla gara” una relazione tecnica recante fra l'altro l'indicazione del “*sistema organizzativo di fornitura del servizio integrato*” con indicazione del “*dimensionamento della struttura (tipologia, numero di unità/funzioni) dedicata alla gestione dell'appalto in oggetto, descrizione delle funzioni operative di organizzazione, coordinamento e controllo che si intendono utilizzare per l'erogazione dei servizi*”, delle “*caratteristiche della centrale operativa che si intende utilizzare per l'erogazione del servizio con riferimento (alle) dotazioni tecnologiche, presenza di manuali di procedure e sistemi di sicurezza*”. degli “*impianti tecnologici offerti per migliorare la sicurezza delle Aziende Sanitarie*”, nonché degli “*automezzi che si intende dedicare al servizio in termini di numero ed eco sostenibilità*”.

Il punto 3 del disciplinare tecnico ribadiva l'obbligo di inserire i dati di cui innanzi, dopo apposito “*sopralluogo*”, in un relazione tecnica, che viene qualificata come “*dettagliata*”, contenente “*tutti i dati necessari*”, su cui interverrà il giudizio qualitativo della stazione appaltante.

Come correttamente posto in rilievo dal T.A.R., nonché in sede di note a difesa della Regione Lazio e dell' A.U.S.L. di Frosinone, la relazione tecnica prodotta dall' r.t.i. appellante si è limitata ad un mera e pedissequa elencazione degli assetti organizzativi delle società partecipanti alla gara in raggruppamento riferita, tra l'altro, in via generale alla dislocazione territoriale delle sedi; all'organico, alle qualifiche del personale dipendente; agli impianti tecnologici di sorveglianza; al parco automezzi.

E' chiaro, invece, che il bando chiedeva di indicare esplicitamente come sarebbe stata composta ed attrezzata la *équipe* addetta specificamente allo svolgimento di quel servizio: quanti uomini, quali mezzi, quali disposizioni di impiego, eccetera. La mera elencazione degli organici delle ditte associate manifestamente non risponde a questa richiesta, e tanto basta per rendere inammissibile l'offerta, perché nulla dice riguardo all'entità ed alla dotazione del contingente addetto a quello specifico servizio.

Salvo il riferimento, nella parte finale della relazione, alla divisa omologata in dotazione degli addetti al piantonamento, al tesserino di riconoscimento, alla dotazione di arma da fuoco *standard*, al collegamento a mezzo di radio ricetrasmittente e/o telefono GSM alle centrali operative ed alle pattuglie in servizio in zona, nulla è detto circa l'effettivo assetto organizzativo e dimensionamento del servizio, onde corrispondere alle specifiche esigenze di vigilanza e di sicurezza dell'ente destinatario dell'offerta, con segnato riferimento – secondo le prescrizioni di gara prima richiamate – alle unità di personale addetto, al numero degli automezzi, alla tipologia della centrale operativa ed altro.

L'astratta elencazione di elementi che in via generale esprimono il grado di capacità tecnica delle società di vigilanza partecipanti alla gara non esprime affatto l'indicazione del "*sistema organizzativo di fornitura del servizio integrato*", che è cosa diversa e va collegato al concreto espletamento del servizio verso un soggetto determinato. Quest'ultimo non è tenuto affatto a ricavare le modalità esecutive, in via potenziale e deduttiva, dal generale e complessivo assetto organizzativo degli istituti di vigilanza, quale risultante dalla pluralità di imprese partecipanti in raggruppamento.

In disparte la puntuale previsione della *lex specialis* del concorso - non disapplicabile da parte dell'ente che lo ha bandito - che sanziona con l'esclusione dalla gara l'omessa produzione della relazione tecnica, non può accedersi alla dequotazione di tale ultimo onere di allegazione documentale trattandosi servizio di solo di piantonamento.

In base a comuni regole di esperienza si versa a fronte di un servizio che non si caratterizza affatto per l'occasionalità e l'estemporaneità ma, in relazione alle strutture e luoghi sensibili oggetto di vigilanza, richiede uno specifico dimensionamento del personale utilizzato, con riguardo ai turni di impiego ed alle qualifiche, nonché ai mezzi all'uopo dedicati (cui fa puntuale richiamo la disciplina di gara prima richiamata), così da rendere edotta la stazione appaltante del raggiungimento su un piano di effettività degli scopi afferenti alla sicurezza che si è prefissi con l'indizione della gara.

3.2. Sul piano motivazionale la statuizione di esclusione dalla gara riferita alla "*mancaza di elementi necessari per consentire la valutazione dell'offerta*", con effetto sulla possibilità di verifica del "*dimensionamento della struttura dedicata alla gestione dell'appalto in oggetto, come da nota allegata al presente verbale*", si presenta del tutto sufficiente ed adeguata all'oggetto del provvedere ed esprime l'insufficienza della produzione documentale del concorrente allo scopo cui doveva essere preordinata secondo le regole del concorso, tant'è che i ricorrenti non sono incorsi in difficoltà nell'articolare - con diffuso ed esteso ordine argomentativo - le tesi difensive opposte alla determinazione espulsiva dalla gara.

3.3. La mancanza degli elementi essenziali da cui doveva essere assistita la relazione tecnica prevista dall'art. 8.2 del capitolato speciale d'onere la relega su un piano di sostanziale inesistenza, stante l'assoluta impossibilità di attribuire il punteggio tecnico secondo la griglia di valutazione di cui all'art. 11.1. del capitolato medesimo e non soccorre, ai fini dell'utile prosieguo della gara, il mero "*nomen iuris*" assegnato dal concorrente al documento prodotto.

Correttamente quindi la stazione appaltante ha applicato la comminatoria di esclusione espressamente prevista dal richiamato art. 8.2 del capitolato in presenza del mancato assolvimento del prescritto onere di produzione documentale.

Tale conclusione è avvalorata dalla novella introdotta all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 che fra le cause di esclusione dei concorrenti seleziona l' "*incertezza assoluta sul contenuto . . . dell'offerta*", evenienza che ricorre nella fattispecie di cui è causa.

All'arresto per procedimento valutativo per la ragione anzidette segue il venir meno dell'interesse del concorrente all'attribuzione dei punteggi previsti per gli ulteriori parametri di merito, in assenza di una valida offerta sulla quale, in caso di aggiudicazione, deve poi attestarsi al volontà negoziale delle parti cui va conformata l'esecuzione del servizio.

3.4. Quanto alla dedotta disparità di trattamento che si assume perpetrata dall'amministrazione nei confronti dell'appellante r.t.i. - in raffronto agli elementi documentali prodotti da altro concorrente per i servizi previsti al lotto 2 - la non identità ed omogeneità delle fattispecie messe a confronto (stante la diversa tipologia di servizio da rendersi in favore dell'azienda sanitaria, nonché delle stesse produzioni documentali sul piano contenutistico e quantitativo) esclude che possa avere ingresso il lamentato vizio di eccesso di potere nell'anzi detto profilo.

3.5. A sostegno dell'insussistenza delle condizioni per l'esclusione dalla gara l' r.t.i. appellante invoca l'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, sulla possibilità per le stazioni appaltanti di invitare in concorrenti *“a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazione presentati”*.

Si tratta di disposizione la cui operatività presuppone che sia stato assolto l'obbligo primario di produzione documentale o di dichiarazione da parte del concorrente, così che gli elementi successivamente acquisiti operano in via di mera regolarizzazione delle carenze riscontrate.

Nel caso di specie, come innanzi esposto, difetta un radice una valida relazione tecnica sugli aspetti organizzativi e sulle risorse umane e materiali da dedicare al servizio di vigilanza e resta, quindi, preclusa la possibilità di ovviare a detta carenza di produzione documentale che - come efficacemente posto in rilievo dal primo giudice - verrebbe a consentire una tardiva formulazione dell' omessa dichiarazione negoziale circa le modalità ed i mezzi apprestati per l'espletamento del servizio, che la disciplina concorsuale sanziona con la comminatoria di esclusione.

L'art. 46, primo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 si caratterizza, inoltre, per specialità rispetto all'art. 6 della legge n. 241 del 1990 - che è norma generale sui poteri istruttori del responsabile del procedimento, in funzione collaborativa con i soggetti coinvolti per il buon esito dello stesso - e detta disposizioni più stringenti in ordine alle procedure concorsuali di affidamento dei contratti pubblici, in ossequio ad esigenze di regolarità formale più avvertite in tale sede.

3.5. Quanto al motivo che investe la durata delle operazioni di gara (formulato in relazione al lasso temporale di 20 giorni che è intercorso fra l' adunanza di verifica della regolarità formale e del contenuto delle buste recanti l'offerta tecnica e quella successiva di attribuzione di punteggi) in assenza di specifiche norme che dilazionino nel tempo il procedimento di selezione del contraente appartiene alla discrezionalità dell'organo procedente il governo del fattore tempo e, nella specie, non emergono profili di abnorme dilazionamento del suo svolgimento in violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, e tantomeno che possano essere espressione di figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere.

3.6). Da ultimo, accertata la legittimità dell'esito della gara oggetto di contestazione, appartiene all'ampia discrezionalità dell' Amministrazione di indire o meno un nuovo esperimento di gara e di disciplinare diversamente il contenuto delle prestazioni da rendere per il servizio di piantonamento, con riguardo sia all'ambito oggettivo, sia alla congruità del corrispettivo; segue che la posizione soggettiva della ditta che intenda parteciparvi, quanto al sindacato di legittimità delle prescrizioni del nuovo bando, non va oltre la soglia dell'interesse semplice e rende inammissibile ogni censura in sede giurisdizionale

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto.

Le spese del grado si liquidano nella misura di euro 4.000,00 ciascuno, oltre i.v.a. e c.a.p., in favore rispettivamente della Regione Lazio e dell' Azienda Sanitaria Locale di Frosinone.

P.Q.M.

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

Condanna le società appellanti al pagamento delle spese del giudizio liquidate in euro 4.000,00, oltre i.v.a. e c.a.p., in favore della Regione Lazio ed in euro 4.000,00, oltre i.v.a. e c.a.p., in favore dell' Azienda Sanitaria Locale di Frosinone.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2012

IL SEGRETARIO

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