



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4006 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da Soc Sicuritalia Spa, in persona del suo legale rappresentante, Dott. Lorenzo Minato, rappresentata e difesa nel presente giudizio dagli Avv.ti Marco Napoli - mn@pec.zoppolatoassociati.it e Maurizio Zoppolato (PEC mz@pee.zoppolatoassociati.it; telefax: 06-68134445), ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via del Mascherino 72;

e sul ricorso incidentale proposto da:

Securpol Group s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Securitas Metronotte S.r.l., in persona del legale rappresentante Sig. Roberto Paraseandolo, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Domenico Gentile PEC (PEC avvgentile@pec.it, fax 06.32651711) e Domenico Galli, (PEC domenicogalli@legalmail.it) ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Virginio Orsini, n. 19;

***contro***

Ipzs - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ope legis in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Soc Securpol Group Srl, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Securitas Metronotte S.r.l., Soc Securitas Metronotte Srl;

in persona del legale rappresentante Sig. Roberto Paraseandolo rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Galli e Domenico Gentile, con domicilio eletto presso Domenico Galli in Roma, via Virginio Orsini N. 19;

***per l'annullamento***

con il ricorso principale e con i motivi aggiunti:

del provvedimento adottato dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato in data 22 marzo 2013 con il quale — avuto riguardo al lotto 1 (sedi IPZS di Roma) - è stata definitivamente aggiudicata al RTI capeggiato da SECURPOL GROUP Srl, la procedura aperta ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006 finalizzata alla definizione di un accordo quadro con un unico operatore per ciascun lotto per l'affidamento del servizio di vigilanza presso le sedi IPZS;

e con il ricorso incidentale proposto da Securpol:

di tutti gli atti di gara impugnati in via principale dal ricorrente ed in particolare:

i. del provvedimento adottato dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato in data 22 marzo 2013 con il quale — limitatamente al lotto n. 1 — è stato definitivamente aggiudicato al RTI Securpol Group srl l'affidamento di un "accordo quadro con un unico operatore del servizio di vigilanza da prestarsi presso le sedi IPZS di Roma e sono stati approvati gli atti della procedura, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della società Sicuritalia (all. sub doc. 1 fascicolo del ricorrente principale);

ii. dei verbali di gara, nella parte in cui la commissione non ha disposto l'esclusione di Sicuritalia;

della nota del 12 febbraio 2013 con cui l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha concesso a Sicuritalia ulteriore termine per presentare documenti a comprova dei requisiti dichiarati ai fini della partecipazione alla gara;

iv. di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ipzs - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato e di Soc Securpol Group Srl;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2013 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato in data 24 aprile 2013 la Sicuritalia s.r.l., in persona del L.R. p.t., ha proposto ricorso chiedendo l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento adottato dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato in data 22 marzo 2013 con il quale - avuto riguardo al lotto 1 (sedi IPZS di Roma) - è stata definitivamente aggiudicata al R.T.I. capeggiato da Securpol Group srl, la "procedura aperta ai sensi del D.lgs. n.163/2006 finalizzata alla definizione di un accordo quadro con un unico operatore per ciascun lotto per l'affidamento del servizio di vigilanza presso le sedi IPZS" e, in via subordinata, la condanna dell'Istituto al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

Ha esposto la ricorrente che:

- con bando di gara spedito pubblicato in GUCE il 2 agosto 2012, con il numero di riferimento 152 - 254520 - IT e sulla GURI – V Serie Speciale – n. 152 del 9 agosto 2012, l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha indetto una procedura aperta ai sensi del D.lgs. n.163/2006 per l'affidamento del servizio di vigilanza da prestarsi, per la durata di due anni (susceptibili di essere aumentati di altri dodici mesi), presso le sedi IPZS di Roma (lotto 1) e di Foggia (lotto 2).

- La procedura veniva articolata in due lotti distinti: Lotto 1 per il servizio di vigilanza presso le sedi IPZS di Roma; Lotto 2 per il servizio di vigilanza presso la sede IPZS di Foggia, per un valore a base d'asta, per il lotto 1 che qui rileva, di Euro 14.306.295,00, con la previsione di impiegare il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'articolo 82, comma 2, lett. a), del D.lgs. 163/2006.

- Con particolare riferimento al personale da adibire ai servizi di vigilanza e pattugliamento (costituenti la parte

preponderante dell'appalto con un valore di Euro 13.941.963,00 sul totale della base d'asta), IPZS, nel rispondere alle richieste di chiarimenti di alcuni concorrenti, da un lato, ha sottolineato che la *lex specialis* non prevedeva "alcun obbligo di assunzione del personale dell'Impresa uscente"; ma, dall'altro lato, ha fatto "comunque salvi gli eventuali obblighi in tal senso previsti dai CCNL di riferimento e/o da accordi regionali, territoriali, etc. applicati dall'Impresa Aggiudicataria".

- Alla procedura prendeva parte, oltre ad altri 9 offerenti, anche SICURITALIA SpA –ovvero, l'attuale gestore del servizio di vigilanza presso le sedi aziendali di IPZS- e il rti capeggiato da SECURPOL GROUP, odierno controinteressato.

- Quest'ultima società - nel dichiarare (come mandataria) il possesso del requisito di capacità tecnica del servizio cd. "di punta" (ossia quello di aver "espletato a regola d'arte nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando presso una realtà pubblica o privata un servizio analogo unitario per un importo complessivo non inferiore ad 6.000.000,00") – produceva alla stazione appaltante un'attestazione di servizio rilasciata dalla Base Srl.

- Detto attestato precisava che le prestazioni relative al fatturato ivi riportato (Euro 7.318.069,45 tra il 1° gennaio 2009 ed il 31 dicembre 2012), pur discendendo da un solo contratto -un accordo quadro per l'erogazione di servizi a Monte Paschi di Siena-erano state separatamente svolte (e fatturate) da sei differenti imprese: Securpol Vigilantes Srl, Securpol Mat Vigilantes Srl, Mat Security SpA, Sicurpol Srl, Securpol Val Cecina Srl, Securpol Srl. Tutte poi "confluite" — attraverso più contratti di affitto e di cessione di ramo d'azienda stipulati tra il marzo del 2010 e l'ottobre del 2011 — in SECURPOL GROUP Srl.

- In data 5 ottobre 2012, come previsto dalla *lex specialis* di gara, la Commissione di gara dava avvio, in seduta pubblica, alle relative operazioni procedendo alla rubricazione della documentazione amministrativa pervenuta; verificata in seduta riservata - in data 24 ottobre 2012 - la regolarità della documentazione presentata, con riferimento al Lotto 1 venivano ammesse alle successive fasi le seguenti 6 concorrenti: 1) Security Service Srl; 2) Axitea Spa; 3) Costituendo RTI Securpol Group Srl/Securitas Metronotte Srl; 4) Costituendo RTI Istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma Soc.Coop/Città di Roma Metronotte Srl; 5) Sicuritalia Spa; 6) Istituto di Vigilanza dell'Urbe Spa.

- In data 12 dicembre 2012, la Commissione procedeva in seduta pubblica all'apertura delle buste "B" contenenti le offerte economiche, dando lettura delle tariffe proposte da ciascun concorrente; in seduta riservata, procedeva alla verifica della regolarità delle offerte medesime e, in conformità a quanto espressamente previsto al Titolo II punto 4 del disciplinare di gara, all'applicazione della formula matematica per l'individuazione dell'importo complessivo del servizio, all'esito del quale gli importi complessivi venivano così determinati: Security Service Srl € 8.400.842,40; Axitea Spa € 7.794.179,60; Costituendo RTI SecurpolGroupSrl/Securitas Metronotte Srl € 7.292.608,96; Costituendo RTI istituto di Vigilanza Nuova Città di Roma Soc.Coop/Città di Roma MetronotteSrl € 8.225.199,96; Sicuritalia Spa € 7.656.893,46; Istituto di Vigilanza dell'Urbe Spa € 8.912.566,64. In particolare, ad avviso della ricorrente, l'offerta della prima graduata SECURPOL appariva da subito caratterizzata da un ribasso particolarmente significativo sulla tariffa oraria del servizio di vigilanza (€ 16,84/h contro una base d'asta di euro 22.00), mentre l'offerta della seconda classificata SICURITALIA SpA ammontava, per il medesimo servizio, ad € 17,67/h.

- La Commissione di gara, ai sensi dell'art.86, comma 1 del D.lgs. 163/06 procedeva in relazione alle singole tariffe (tariffa servizi di vigilanza, tariffa operatori logistici, tariffa di pattugliamento) all'individuazione delle soglie di anomalia e trasmetteva gli atti al Responsabile del Procedimento per i successivi adempimenti di competenza anche con riguardo alla verifica dei calcoli matematici.

- Precisamente, con nota prot. n. 60412 del 14 dicembre 2012, il Responsabile del Procedimento chiedeva al

Costituendo RTI Securpol Group Srl/Securitas Metronotte Srl di fornire le giustificazioni di cui all'art. 86 e all'art. 87 con particolare riferimento a ciascuna delle sopra indicate tariffe.

- La SECURPOL, con atto del 2 gennaio 2013, forniva le proprie giustificazioni, argomentando, in virtù di una rielaborazione, "calibrata" sulla propria realtà aziendale, delle tabelle ministeriali approvate con DM 8 luglio 2009:

- a) di aver fondato la propria offerta sulla convinzione di non dover dare applicazione all'istituto del cambio appalto, avendo espressamente previsto - per fruire di agevolazioni contributive che abbatterebbero il suo costo del lavoro - di procedere per il 40% delle gpg occorrenti (più di un centinaio) ad assumere personale o dalla liste di mobilità ovvero attraverso l'impiego "massivo" di contratti di apprendistato;

- b) di aver ridotto il numero delle ore non lavorate indicate dalla tabella ministeriale, sostenendo che il tasso di assenteismo per malattie ed infortuni della sua struttura aziendale sarebbe di gran lunga inferiore (meno della metà: 61 giorni all'anno contro 130) rispetto a quello rilevato dal Ministero;

- c) di aver azzerato il valore riportato nelle tabelle (per Euro 5.138,29) dei cd. "costi derivanti da altre disposizioni di legge", da un lato, sostenendo che i suoi costi di gestione della centrale operativa sarebbero già stati ammortizzati su altre commesse; e, dall'altro lato, sottacendo che gli oneri in questione - siccome commisurati al costo del personale presente presso la centrale operativa possono essere (non già eliminati in toto, ma solo) ridotti perché suddivisi in ragione del numero sia degli addetti in concreto alla centrale operativa, sia delle gpg "servite" dalla centrale;

- Dall'esame della documentazione giustificativa presentata, il Responsabile del Procedimento con nota prot. n. 2536 dell'11 gennaio 2013 chiedeva al concorrente di fornire le precisazioni di cui all'art.88 del citato decreto con riferimento alla riduzione del tasso INAIL e dell'aliquota INPS.

A fronte dei chiarimenti forniti con l'ulteriore documentazione, l'IPZS riteneva congrua l'offerta della SECURPOL, e con nota del 22 marzo 2013 l'Istituto, ai sensi dell'art.79 comma 5 lett. a) provvedeva a dare a tutti i concorrenti comunicazione di aggiudicazione definitiva nei confronti del costituendo RTI Securpol Group Srl/Securitas Metronotte Srl.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara del 22 marzo 2013 nonché di tutti i verbali della gara stessa la Sicuritalia s.r.l. proponeva l'odierno ricorso.

Nel merito, a fondamento del proprio ricorso, Sicuritalia deduceva:

1) violazione degli articoli 42 e 51 del D.lgs.163/06;

2) violazione dell'art. 38, comma 1, lett.c) del D.lgs. n. 163/2006;

3) violazione degli articoli 86 e 87 del D.lgs. n. 163/2006 e degli articoli 25,26,27,85,86 e 89 del CCNL del settore vigilanza;

4) violazione degli articoli 86 e 87, del D.lgs. n. 163/2006 sotto altro e diverso profilo.

Con articolata memoria si costituiva l'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, che deduceva la manifesta infondatezza del ricorso.

Nella camera di consiglio del 23 maggio 2013, fissata per la discussione dell'istanza cautelare, si costituiva in giudizio Securpol Group s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Securitas Metronotte S.r.l. , che controdeduceva puntualmente sulle censure dedotte.

Con atto del 28 maggio 2013, la SECURPOL proponeva ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento dei verbali di gara, nella parte in cui la commissione non ha disposto l'esclusione di Sicuritalia e della nota del 12 febbraio 2013 con cui l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha concesso a Sicuritalia ulteriore termine per presentare documenti a comprova dei requisiti dichiarati ai fini della partecipazione alla gara.

In particolare, evidenziava che solo a seguito dell'accesso agli atti del procedimento, concesso alla

controinteressata in data 2 maggio 2013, sarebbero emerse gravi irregolarità nella condotta del ricorrente principale non rilevate dalla stazione appaltante, alle quali avrebbe dovuto conseguire l'esclusione di Sicuritalia dalla gara in quanto questa:

- avrebbe omesso di fornire alla stazione appaltante alcuni elementi indispensabili perché la stessa potesse valutarne l'effettiva idoneità, sotto il profilo del possesso dei requisiti di ordine generale, non dando conto della inesistenza di sentenze penali di condanna nei riguardi dei soggetti che avevano assolto a compiti di gestione nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, in una società confluita in Sicuritalia anteriormente alla partecipazione alla gara;
- avrebbe omesso di comunicare alcune operazioni di trasformazione e riorganizzazione societaria - attuate mediante affitti ed acquisti di rami di azienda — poste in essere nelle more della procedura di gara; il tutto in violazione anche dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/06 che obbliga il candidato, i concorrenti o l'aggiudicatario ad informare la stazione appaltante delle trasformazioni medio tempore intervenute affinché la stessa possa, tra l'altro, verificare la inesistenza di cause ostative alla partecipazione alla gara;
- avrebbe omesso di dimostrare, in qualità di seconda classificata, ai sensi dell'art. 48 del Codice dei Contratti, la effettiva titolarità dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, necessari per poter prendere parte alla procedura di affidamento, entro il primo termine di dieci giorni dalla richiesta, qualificato come perentorio dalla stazione appaltante. La ricorrente incidentale argomenta in proposito che la giurisprudenza è costante nel riconoscere che, ove sia la stazione appaltante a qualificare come perentorio il termine attribuito ai concorrenti, per fornire la dimostrazione dei requisiti dichiarati all'atto della partecipazione alla gara, l'esclusione costituisce conseguenza obbligata della mancata ottemperanza alla richiesta entro il termine prefissato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2012 n. 1321; TAR Puglia Bari, Sez. I, 14 agosto 2008 n. 1971). E, poiché, nel caso di specie, la committente era stata assolutamente esplicita nell'indicare l'esclusione dalla gara (nonché la segnalazione del fatto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici e la escussione della cauzione) quale sanzione della mancata dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, sulla base delle regole procedurali alle quali si era autovincolata, avrebbe dovuto disporre l'esclusione di Sicuritalia dalla procedura in questione.

Con articolata ordinanza cautelare del 6 giugno 2013, n.2274, il Collegio, ritenuto che il ricorso fosse privo di sufficienti profili di fondatezza, respingeva l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza cautelare n 2679 del 12 luglio 2013 il Consiglio di Stato, sez.VI, riformava la gravata decisione, sospendendo in via cautelare gli atti impugnati.

Con atto del 2 agosto 2013 la ricorrente proponeva ulteriori motivi aggiunti avverso i medesimi atti impugnati con il ricorso principale, riproponendo nella sostanza le medesime censure proposte con il ricorso principale circa la violazione degli artt.86 e 87 Dlgs.163/06, con riferimento alla disciplina delle norme del cd."Cambio appalto" nel settore della vigilanza privata ed alla congruità dell'offerta presentata dal costituendo RTI Securpol Group srl/Securitas Metronotte.

In particolare, la ricorrente rilevava l'inattendibilità delle le giustificazioni ex adverso rese, in quanto:

- a) fondate sul presupposto che l'aggiudicataria non sia tenuta ad assumere il personale del gestore uscente;
- b) Securpol avrebbe completamente obliterato di considerare i conseguenti maggiori costi, connessi all'assunzione del personale di Sicuritalia;
- c) l'aggiudicataria ha invocato asserite agevolazioni connesse all'assunzione di personale di cui, in nessun caso, potrebbe godere.

Pertanto, deduceva:

II. violazione della *lex specialis* di gara - violazione degli artt. 86 e 87 d.lgs. 163/2006 — violazione dell'articolo 36 della legge 300/1970 - violazione degli articoli 25, 26, 27, 85, 86 e 89 del CCNL del settore vigilanza - violazione del C.C. integrativo regionale di lavoro - difetto di istruttoria in merito all'incidenza del cambio appalto. La ricorrente ha pertanto concluso per l'accoglimento dei motivi aggiunti.

Nella udienza pubblica del 2 novembre 2013, viste le memorie conclusive depositate dalle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

A) In via preliminare, per quanto attiene all'ordine logico di trattazione delle domande, va evidenziato quanto segue. Come è noto, secondo il principio affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 7 aprile 2011, n. 4, il ricorso incidentale, diretto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, andrebbe sempre esaminato con priorità, a prescindere dal numero dei partecipanti e dai requisiti (siano essi soggettivi o oggettivi) di partecipazione alla gara che si assumono violati, giacché con detto ricorso il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito, che, se fondata, si riflette nella preclusione all'esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire (in questo senso la giurisprudenza dominante, ex multis Consiglio di Stato sez III 11 febbraio 2013, n.768; id. sez. VI 18 gennaio 2012, n. 178; id. sez. V 10 novembre 2011, n. 593; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 10 maggio 2012, n. 165; T.A.R. Veneto sez. III 12 giugno 2012, n. 1280; T.A.R. Basilicata 11 giugno 2012, n. 269).

Tale orientamento, ultimamente rimeditato anche da due diverse Sezioni del Consiglio di Stato (ordinanze sez. V 15 aprile 2013, n. 2059 e sez. VI 17 maggio 2013, n. 2681), è stato più di recente oggetto di esame dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E. (sez. X, 4 luglio 2013 causa C 100/12), che ha ritenuto la decisione n.4/11 dell'A.P. non conforme con il principio, codificato dall'art. 1 della direttiva 89/665, di efficacia della tutela giurisdizionale contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici in materia di appalti contrarie al diritto dell'Unione non discriminazione e tutela della concorrenza nei pubblici appalti di cui alla direttiva n. 1989/665/CEE, come modificata con la direttiva 2007/66/CE.

Secondo la C.G.U.E., in particolare, l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Ne consegue che, allo stato attuale, per la nota efficacia *ultra partes* delle sentenze (ex art. 267 Trattato U.E.) della Corte di Giustizia interpretative del diritto comunitario (Cassazione civile sez. trib., 11 dicembre 2012, n. 22577; id. sez. lav., 30 agosto 2004, n. 17350) il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario non può comportare di norma il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito della medesima gara, essendo ciascun concorrente, in definitiva, portatore di analogo e speculare interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro.

Tale statuizione interpretativa, come detto vincolante per gli Stati membri e per questo giudice ed applicabile anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza (C.G.U.E. 27 marzo 1980 causa C 61/79) comporta, di fatto, il ritorno al precedente e superato orientamento invalso presso l'Adunanza Plenaria (11 novembre 2008 n.11) secondo il quale ove due imprese partecipanti alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara.

Nel caso in esame, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'approfondimento della questione circa l'applicazione del principio al caso in esame - in cui le imprese partecipanti alla gara erano nove, ma solo due hanno proposto ricorso giurisdizionale - in quanto, in ogni caso, verranno esaminati nel merito tanto il ricorso principale che quello incidentale.

B) Il Collegio ritiene comunque, per motivi di ordine logico, di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto da Securpol.

I. Con la prima censura, la ricorrente incidentale deduce violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/06, argomentando che tale obbligo derivasse dal bando di gara, pubblicato in data 2 agosto 2012, nonché dal disciplinare di gara (art. 2.1., lett. a), il quale prevedeva l'obbligo per i concorrenti di dichiarare l'assenza, nei confronti dell'impresa, delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c), e m) del d. lgs. n. 163/06.

Esso stabiliva, inoltre, che:

- i) nel caso di società per azioni, l'insussistenza delle summenzionate cause di esclusione dovesse essere verificata nei confronti dei componenti il Consiglio di amministrazione muniti di poteri di rappresentanza nonché nei confronti del direttore tecnico ove presente (lett. b); e che
- ii) l'insussistenza delle situazioni contemplate dall'art. 38, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 163/06 dovesse essere verificata anche nei confronti dei soggetti cessati da tale carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando (ovvero, sino a tutto il 30 luglio 2011).

Nello specifico, Securpol evidenziava che la ricorrente, nell'anno precedente alla pubblicazione del bando, aveva posto in essere una serie di operazioni di riorganizzazione societaria comprendenti, tra l'altro, l'affitto dell'azienda dalla società Vigili dell'Ordine s.c.r.l., dichiarata fallita in data 22/30 dicembre 2011 (v. atto di affitto, a firma del notaio Regni Marco, n. rep. 213365, sottoscritto dal curatore fallimentare in data 1 agosto 2012, ovvero il giorno prima della pubblicazione del bando di gara).

In ragione di ciò, secondo quanto stabilito dall'art. 38 del d.lgs. n.163/06 e dalla *lex specialis*, ai fini della partecipazione alla gara, Sicuritalia avrebbe dovuto rendere la dichiarazione attestante l'inesistenza della causa di esclusione non soltanto nei confronti di coloro che avevano ricoperto un ruolo di vertice (direttore tecnico o amministratore con poteri di rappresentanza), ma anche con riguardo a tutti i soggetti che, nel corso dell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando, avevano ricoperto incarichi di gestione presso la società affittata e, specificatamente, sia con riguardo al curatore fallimentare dott.F.Federighi, sia con riguardo al precedente amministratore, ovvero il liquidatore fallimentare dott.V.Baronti (in capo al quale, effettivamente, dagli accertamenti svolti da IPZS risultava un decreto penale di condanna del 29/12/ 2008 per reato commesso nel 2006, connesso al mancato pagamento delle ritenute previdenziali e assistenziali dei dipendenti ex art.2, comma 1 bis, DL 463/83).

La censura non è condivisibile.

Sotto il profilo della necessità che anche l'affittuario sia soggetto agli obblighi di dichiarazione di cui all'art. 38 del

d.lgs. n.163/06, il Collegio condivide l'assunto della ricorrente incidentale secondo cui con l'affitto di azienda "si realizza, in sostanza, una situazione assolutamente analoga a quella della cessione di azienda, salvo per il fatto che, nel primo caso, gli effetti del contratto hanno natura transitoria e vi è un obbligo di restituzione del complesso aziendale mentre nel secondo, invece, gli effetti hanno natura permanente". Ed infatti, "anche nel contratto di affitto di azienda non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la "reversibilità" degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale".

Anche tale fattispecie, quindi, ad avviso del Collegio rientra per "analogia" tra quelle che, per giurisprudenza oramai pacifica del Consiglio di Stato, soggiacciono all'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice, riguardante anche gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione d'azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012 n. 10).

In tal senso, si sono del resto di recente espressi anche il T.A.R. Venezia (sez. I, n.1090 dell'11 settembre 2013) e il Tar Campania, Napoli (sez. I, 3 giugno 2013 n. 2868), ai sensi del quale "l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sezione III, 18 luglio 2011, n. 4354; C.G.A., 5 gennaio 2011, n.8 e 26 ottobre 2010, n. 1314; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 marzo 2011, n. 488).

Ciò che rileva, infatti, non è la natura reale o personale del diritto attribuito alla concorrente sull'azienda di un altro soggetto, ma la circostanza obiettiva che questa intende utilizzare, ai fini della partecipazione alla gara".

Dove, tuttavia, il Collegio non concorda con la ricorrente incidentale - oltre che con le ulteriori conclusioni del Tar Napoli n.2868/13- è che i principi affermati dall'A.P. con decisioni 10/12 e 21/12 debbano applicarsi anche all'ipotesi dell'affitto d'azienda o del ramo d'azienda sottoposta a procedura fallimentare -situazione che caratterizza la vicenda in esame- con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che avevano operato presso l'affittuaria nell'ultimo anno, ovvero, specificatamente, nei confronti del liquidatore della società e del curatore fallimentare.

Tale interpretazione, ad avviso della ricorrente incidentale, deriverebbe dall'analisi dei poteri loro concessi, del tutto equivalenti a quelli degli amministratori nella fase in cui la società sia in regime di piena operatività, con particolare riguardo alla possibilità di cessione dell'azienda sociale, di rami di essa ovvero di singoli beni o diritti o blocchi di essi, alla possibilità di compiere tutti gli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso l'esercizio provvisorio anche di singoli rami in funzione del maggiore realizzo. Si ravviserebbe, quindi, la stessa ratio delle fattispecie affrontate e risolte con i principi di diritto affermati da parte dell'Adunanza Plenaria (dec. n. 10/12 e 21/12 cit.) "al fine di evitare possibili elusioni della disciplina vigente, si che la cessione o l'affitto d'azienda possano costituire l'escamotage per consentire la partecipazione alla gara di operatori che non sarebbero in condizione di partecipare uti singuli, in quanto privi dei necessari requisiti morali".

Le argomentazioni della ricorrente incidentale, sul punto, non possono essere condivise.

Ed invero, per rispetto del principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, non può prescindersi dalla sollecitazione, ricordata dall'A.P. 21/12, che i principi di diritto espressi dalla plenaria n. 10/2012, siano

“correttamente applicati”, esaminando ciascuna situazione “caso per caso”.

La vicenda in esame, in cui l'affitto dell'azienda veniva disposto dal curatore della società, si inserisce infatti tra quelle disciplinate dall'art.104-bis L.F., intitolata, appunto, “ Affitto dell'azienda o di rami dell'azienda”.

Ai sensi di tale disposizione, introdotta dall'art. 91 del D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, nell'ambito della procedura fallimentare viene assegnata un'importanza fondamentale all'affitto dell'azienda ai fini della conservazione in funzionamento dell'apparato economico-produttivo, con l'avviamento, e del mantenimento dei livelli occupazionali, funzionali all'ottenimento di un maggior realizzo in sede di liquidazione e, quindi, di un miglior soddisfacimento dei creditori (vd. anche art. 105 L.F.).

Il procedimento in questione si caratterizza in quanto l'affitto dell'azienda deve essere autorizzato dal Giudice Delegato- il quale, peraltro, ai sensi dell'art.16 L.F. nomina lo stesso curatore- su proposta di questi e previo parere favorevole, vincolante, del Comitato di creditori, anche prima della presentazione del programma di liquidazione.

La stessa scelta dell'affittuario peraltro, ai sensi del successivo art. 107, non solo è affidata a procedure competitive, ma è sottoposta ad un complesso iter (proposta del curatore, parere del Comitato dei creditori, autorizzazione del G.D.; bando di vendita; vaglio delle offerte; in caso di aziende socialmente rilevanti, informativa alle organizzazioni sindacali, consultazione ed eventuale accordo sindacale sul mantenimento anche parziale della forza lavoro; informativa al G.D. e al Comitato dei creditori, con deposito in cancelleria della documentazione, stipula del contratto, effettivo subentro nella gestione dell'affittuario) e al rispetto di particolari criteri (venendo ex lege data prevalenza non all'entità del canone, bensì alle garanzie circa la prosecuzione dell'attività e alla conservazione dei livelli occupazionali, nonché all'eventuale proposta, irrevocabile e garantita, da parte dell'affittuario di acquisto del complesso aziendale a condizioni predeterminate, come verificatosi nel caso in esame).

Tale complesso meccanismo, ad avviso del Collegio, rende già di per sé evidente come lo strumento descritto mal si adatti ad essere utilizzato in una fattispecie elusiva, posta in essere al solo fine di consentire alla società posta in liquidazione o fallita di partecipare ad una gara alla quale la stessa non potrebbe comunque partecipare.

Ciò non perché il curatore – che, lo si ricorda, viene nominato dal Giudice Delegato e, come disposto dall'art. 31 comma 1 della legge fallimentare (legge n. 267/1942 e successive modificazioni), è colui che “ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura fallimentare sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite”– o il liquidatore risultino, per ipotesi, privi dei requisiti morali di cui all'art.38, ma proprio in virtù della preclusione direttamente derivante dall'art.38, comma 1, lettera a), secondo cui – a prescindere dal possesso dei requisiti morali- sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti “ che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”. Poiché, in tali ipotesi, quindi, sarebbe del tutto irrilevante anche l'eventuale dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali richiesti dalla disposizione, altrettanto irrilevante, ad avviso del Collegio, appare la mancata dichiarazione di cui all'art.38, comma 1,lett.c).

Del resto, la gestione posta in essere dal liquidatore o dal curatore durante la procedura fallimentare è dichiaratamente rivolta all'ottenimento di un maggior realizzo in sede di liquidazione e, quindi, un miglior soddisfacimento dei creditori.

Per quanto, in particolare, riguarda invece la fase della liquidazione, essa consiste in quel complesso di operazioni dirette a disinvestire le attività, estinguere le passività, acquisire il residuo patrimoniale da liquidare e ripartire tra i

soci. In altre parole durante la fase della liquidazione l'azienda non è più configurabile come un complesso organizzato di beni funzionanti, bensì un insieme di beni da cedere anche in blocco, atteso che durante la fase finale della vita di un'impresa lo scopo di produrre profitto è sostituito con il fine della divisione del patrimonio sociale fra i soci.

In entrambi i casi, ad avviso del Collegio, si ravvisa comunque quella “completa cesura” tra la vecchia e la nuova gestione “tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio e, ora, nell'ultimo anno, presso il complesso aziendale ceduto”, al fine dell'applicazione dei principi di cui all'A.P. n.10/12.

Correttamente, pertanto, nel caso in esame la stazione appaltante non ha disposto l'estromissione della ricorrente principale Sicuritalia dalla gara, analogamente a quanto avvenuto- come meglio si vedrà appresso- nei confronti della stessa ricorrente incidentale Securpol, risultata aggiudicataria, nei confronti della quale l'IPZS ha ritenuto legittimamente di esercitare il cd. potere di soccorso, tenuto conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario e del fatto che il bando non conteneva al riguardo una espressa comminatoria di esclusione (cfr., sul punto, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 giugno 2012, n. 21) valutando il precedente penale riportato dal cessionario in concreto non incidente sui requisiti di moralità professionale richiesti dall'art.38 Codice Appalti.

In ogni caso, la stazione appaltante ha evidenziato- come meglio si vedrà appresso- di avere proceduto ad attivare il cd.”dovere di soccorso” anche con riferimento tanto alla posizione del liquidatore che del curatore della Sicuritalia. Ed invero, con la seconda censura la ricorrente incidentale lamenta che Sicuritalia avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, in ragione della violazione delle disposizioni, oltre che dell'art.38, anche dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/06.

Sebbene, infatti, l'art. 51 del Codice dei contratti non imponga l'obbligo dell'immediata produzione documentale e/o della comunicazione delle intervenute modifiche soggettive dell'impresa, la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che la ratio del sistema configuri l'obbligo per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti, ai fini della corretta ammissione e aggiudicazione, avendo riguardo al momento in cui si è effettivamente verificata la modificazione soggettiva e applicando le norme relative alla qualificazione del concorrente e, come è noto, la mancata dichiarazione relativa all'assenza di requisiti di cui all'art. 38 del Codice, relativamente agli organi di vertice della società oggetto di acquisizione, deve comportare l'automatica esclusione dalla gara (Cons. Stato, Sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894).

Orbene, poiché anche nelle more dello svolgimento delle operazioni di gara, Sicuritalia veniva interessata da una serie di vicende di riorganizzazione societaria (avendo proceduto: a) all'acquisizione in affitto dell'azienda Europol s.r.l. (in data 24 ottobre 2012); b) all'acquisto della società Vigili dell'Ordine Città di Pistoia s.c.r.l. , di cui aveva già affittato il ramo di azienda in data 31 ottobre 2012); (c) all'acquisto dell'azienda Sicuritalia Siatel — Impianti tecnologici di sicurezza s.r.l. in data 17 dicembre 2012), Sicuritalia avrebbe dovuto produrre la dichiarazione circa l'inesistenza delle situazioni ostative di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/06 con riferimento all'amministratore unico dell'impresa Europol s.r.l. (Sig. Giovannelli Giovanni Battista); al liquidatore dell'impresa Vigili dell'Ordine s.c.r.l. sig. Valerio Baronti; nonché al Presidente con poteri di gestione dell'impresa Sicuritalia Siatel — Impianti tecnologici di sicurezza s.r.l. Sig. Caimi Silvano.

Mancando tali dichiarazioni, l'amministrazione avrebbe dovuto disporre l'esclusione di Sicuritalia. Interpretando diversamente, si consentirebbe infatti all'impresa che abbia acquisito un'azienda, nelle more della procedura di gara, di sottrarsi all'onere di presentare la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c) del Codice relativamente agli amministratori dell'azienda acquisita.

Inoltre, la ricorrente incidentale evidenzia che le suddette operazioni di acquisizione non sono state comunicate

neppure in sede di verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti dichiarati ai fini della partecipazione alle gara, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del Codice, con conseguente necessità di imporre l'esclusione dalla gara della stessa anche sotto tale profilo.

In proposito, l'amministrazione resistente ha evidenziato che – posto che la clausola del bando non menzionava l'onere di rendere la dichiarazione con riguardo agli amministratori delle società partecipanti a procedimenti di cessione- comunque, nel caso de quo, la Stazione Appaltante non poteva rilevare la presunta causa di esclusione afferente all'impresa Sicuritalia, seconda in graduatoria, in quanto la verifica del possesso dei prescritti requisiti di cui all'art. 38 è prevista solo in capo all'aggiudicatario ai fini della stipula del contratto.

In ogni caso, in ottemperanza ai principi espressi dalla Adunanza Plenaria n. 21/2012, IPZS riteneva di esercitare il potere di soccorso istruttorio, avviando e concludendo le verifiche di cui all'art. 38 comma 1 lett. c) nei confronti dei soggetti di seguito elencati: Giovanelli Giovanni Battista amministratore unico e socio della Europol Srl; Campeggia Antonio socio della medesima società, con riferimento all'acquisizione in affitto del ramo di azienda da parte della Sicuritalia; Baronti Valerio, liquidatore della società Vigili dell'Ordine Città di Pistoia; Federighi Francesco curatore fallimentare della medesima società, con riferimento all'acquisto dell'intera azienda da parte della Sicuritalia; Aufiero Mauro presidente C.d.A della Euro S.A.I. con riferimento alla fusione per incorporazione da parte di Sicuritalia, tutti risultati tutti incensurati con eccezione, come già rappresentato, del sig. Baronti Valerio, nei cui confronti risultava emesso un decreto penale del 29/12/ 2008 per reati commessi nell'anno 2006/2007 per violazione dell'art. 2 comma 1 bis del D.L. n.463/83.

Anche in tale caso IPZS – analogamente, come si vedrà appresso, a quanto ritenuto con riguardo all'amministratore della cessionaria di Securpol Sezione sicurezza Omar Menghini – atteso che per costante giurisprudenza la valutazione della gravità per reati che incidano sulla moralità professionale vada effettuata non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto della peculiarità del caso concreto, riteneva irragionevole - considerato l'epoca ed il tempo trascorso dalla condanna nonché l'assenza di recidive - esprimere un giudizio di "gravità" tale da comportare l'esclusione dalla procedura di gara della Sicuritalia.

Pertanto, tanto la prima che la seconda censura del ricorso incidentale devono essere respinte perchè infondate.

Con la terza censura, Securpol evidenzia che Sicuritalia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per violazione dell'art. 48, comma 2, del Codice, che impone, tanto al primo quanto al secondo graduato, la dimostrazione dei requisiti stabiliti nella *lex specialis* ai fini della partecipazione alla gara.

Infatti, benché la *lex specialis* non prevedesse alcun termine, gran parte della giurisprudenza ha ritenuto che tale disposizione comunque, a carico dell'aggiudicatario e del concorrente un obbligo di adempimento identico a quello imposto ai sorteggiati, per contenuto e termine, nonché di medesima natura perentoria (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321, C.G.A., sez. giurisdizionale, 15 aprile 2009 n. 233; TAR Sicilia, Sez. III, 6 ottobre 2009, n. 1608), essendo tale natura insita nella automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza.

In ogni caso, nella stessa richiesta dell'amministrazione del 24 gennaio 2013, veniva stabilito che alla tardiva o mancata comprova di quanto richiesto entro i successivi 10 giorni avrebbe fatto automaticamente seguito l'esclusione dalla gara.

Ciò posto, la stazione appaltante Sicuritalia con nota del 24 gennaio 2013, veniva chiamata, in qualità di seconda graduata, a fornire la documentazione a comprova dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa da tale norma richiesti, entro e non oltre il 4 febbraio 2013, con l'ulteriore precisazione che "nel caso in cui la documentazione richiesta non sia fornita nel termine sopra indicato ovvero delta documentazione non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione, si procederà all'esclusione dalla procedura di gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui

contratti pubblici di Lavori, servizi e forniture".

In esito a tale richiesta, Sicuritalia inviava, entro il termine previsto, una serie di documenti, ad avviso della ricorrente incidentale "evidentemente ritenuti non esaustivi", se con nota del 12 febbraio 2013, la stazione appaltante — non rispettando l'autovincolo che essa stessa si era posta - riteneva di dover richiedere al concorrente alcune integrazioni (nello specifico, relativamente alla verifica del numero medio dei dipendenti) da rendersi entro il 15 febbraio 2013.

In data 14 febbraio 2013, la ricorrente inviava l'integrazione richiesta e in data 25 febbraio 2013 trasmetteva ulteriore documentazione.

Pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre l'esclusione, entro la prima data del 4 febbraio 2013, secondo il principio che la stessa è obbligata ad uniformarsi alle regole che essa stessa si è data - in particolare, con riferimento alla perentorietà del termine - viceversa ponendo in essere una condotta lesiva della par condicio tra i concorrenti e delle esigenze di interesse generale legate ad una tempestiva conclusione della procedura (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321, che conferma TAR Puglia, Bari, sez. I, 14 agosto 2008, n. 1971).

Anche tale censura non può essere condivisa.

Difatti – preso atto delle repliche fornite, in punto di fatto, nella memoria difensiva di Sicuritalia volta a dimostrare, comunque, che i documenti depositati potevano dimostrarsi completi già "ab origine" - in punto di diritto deve ritenersi che mentre il termine di dieci giorni previsto dall'art. 48, comma 1, del D. Lgs.163/2006 è perentorio ove riferito al caso di verifica a campione in corso di gara sulla sussistenza dei requisiti dichiarati (ex multis: Cons. Stato Sez. VI, 28-09-2012, n. 5138; T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 05-02-2013, n. 44), al contrario - nel diverso caso in cui l'Amministrazione proceda a verifica ex post nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e nel concorrente che segue in graduatoria - il predetto termine, salva diversa determinazione della stazione appaltante contenuta nel bando, non soltanto è da considerato ordinatorio (in tal senso: T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 23-06-2011, n. 1134; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 21-04-2011, n. 422), ma in caso di violazione implica non necessariamente l'esclusione, bensì l'eventuale possibilità dell'applicazione delle sanzioni ivi descritte (Cons. Stato Sez. VI, 16-07-2012, n. 4160), avendo il Legislatore inteso lasciare alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione delle conseguenze della mancata osservanza del termine, in relazione anche alla concreta entità del ritardo e alla misura della sua incidenza sull'andamento della selezione.

Nel caso in esame, peraltro, risulta che IPZS ha comunque informato la propria condotta al rispetto del principio di par condicio concedendo ad entrambi i concorrenti la possibilità di integrare la documentazione per la comprova dei requisiti ex art. 48 del citato decreto (v.note prot. nn. 9950 e 9954 inviate in data 12 febbraio 2013 sia al RTI Securpol Group/Securitas Metronotte che a Sicuritalia S.p.A.).

In conclusione, il ricorso incidentale deve essere respinto.

C) Venendo al merito del ricorso e dei motivi aggiunti, anch'essi devono essere respinti perché infondati.

Si ritiene di dover esaminare, prioritariamente, il II motivo del ricorso principale, perché specificatamente oggetto dell'ordinanza cautelare della IV sezione del Consiglio di Stato, n.2679, di riforma dell'ordinanza cautelare n.2274/13 di questa Sezione.

Nella pronunzia cautelare, si afferma infatti che "l'ordinanza, fermo restando il necessario approfondimento di tutti i motivi del ricorso principale, merita riforma nella parte concernente l'obbligo dell'offerente di rendere dichiarazione in ordine ai requisiti morali anche dell'amministratore del cedente, essendo stata, la questione, oggetto di pronunciamento dell'Adunanza Plenaria n. 10/2012 (quanto all'estensione in via esecutiva dell'obbligo nei confronti del cedente dell'azienda o del ramo d'azienda) e n. 21/2012 (nei confronti delle società fuse o

incorporate) che hanno fatto salvo il potere di soccorso dell'amministrazione solo ove l'omessa dichiarazione non valga a celare eventuali pregiudizi penali dell'amministratore della cedente.

Considerato che, nel caso di specie, l'amministratore della società Sicurpol Sezione Sicurezza, ceduta alla Securpol Group (poi risultata aggiudicataria), ha pregiudizi penali (decreto penale per reati commessi nel 2005 aventi ad oggetto violazione al TULPS 773/1931 ed al RDL 1952/1935).

Che le difese della Securpol Group e dell'amministrazione, tendenti a rimarcare la non gravità dell'unico precedente penale, sebbene meritevoli di approfondimento in quanto interessanti un punto non espressamente esaminato dalla Plenaria, non sono tuttavia sufficienti ad eliminare il fumus della censura (la Plenaria 10/2012 sembra, infatti, aver implicitamente ritenuto che la sola presenza di un pregiudizio penale, qualunque sia la sua gravità, in uno con l'omessa dichiarazione, integri fattispecie di per sé non meritevole sul piano dell'affidamento e conseguentemente non rilevante sul versante del potere di soccorso)".

Ciò premesso, pur ritenendo doveroso approfondire gli spunti di cui alla richiamata decisione della IV sezione del C.d.S, il Collegio ritiene di aderire ad una differente interpretazione dei principi espressi nelle richiamate decisioni dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.10/12 e n.21/2012.

Tale differente interpretazione non riguarda - evidentemente- l'incontrastata estensione in via esegetica dell'obbligo nei confronti del cedente dell'azienda o del ramo d'azienda e nei confronti delle società fuse o incorporate, quanto ulteriori aspetti affrontati incidentalmente dall'Adunanza Plenaria, che tuttavia rivestono un ruolo decisivo nel caso in esame.

Si evidenzia, infatti, in primo luogo, che -come già ribadito- anche secondo l'A.P. i principi da essa espressi devono comunque "essere affrontati caso per caso".

Nel caso in esame, ad avviso del Collegio, non può non darsi rilievo alla particolarità che il bando sia stato pubblicato dall'IPZS in data 2 agosto 2012, ovvero solo dopo un mese e mezzo circa dal deposito della decisione dell'A.P. n.21/12.

Orbene, è evidente, per il Collegio, quanto precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 7 giugno 2012 n. 21) circa la necessità che l'onere per l'amministrazione di prevedere nel Bando, a pena di esclusione, l'obbligo di rendere la dichiarazione con riferimento alla società ceduta o oggetto di affitto operi solo per le procedure antecedenti alla data del 7 giugno 2012 (data in cui la stessa Adunanza Plenaria n. 21/12 ha chiarito i profili "intertemporali" in questione) mentre, per i casi verificatisi in precedenza, "In una situazione siffatta, di oscillazione della giurisprudenza e di clausola del bando che non prevede espressamente l'onere di rendere la dichiarazione relativamente agli amministratori delle società partecipanti alla fusione o incorporate, le stazioni appaltanti sono tenute ad esercitare un potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, sicché i concorrenti potranno essere esclusi solo se difetti il requisito sostanziale (nel senso che vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali), ovvero se essi non rendano, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la dichiarazione mancante".

Quindi, è ben chiaro che per l'A.P., a decorrere dalla data indicata deve escludersi un "dovere di soccorso da parte dell'amministrazione.

Ciò tuttavia non significa, ad avviso del Collegio, che con tale decisione l'A.P. abbia invece escluso in radice non il dovere, ma comunque la "possibilità" per l'amministrazione, di attivare il soccorso in casi - come quello in esame- ciò assuma connotati particolari, ovvero quando sia richiesto dal rispetto, da parte dell'amministrazione, dei principi di correttezza, buona amministrazione e tutela dell'affidamento dei concorrenti e, naturalmente, ciò non pregiudichi la par condicio dei concorrenti.

Nel caso specifico, premesso che si tratta di un bando pubblicato in data molto ravvicinata alla pubblicazione della

decisione n.21/12 (che ha posto fine ad un acceso dibattito giurisprudenziale sulla necessità, o meno, che gli amministratori delle imprese cedute possano considerarsi alla stessa stregua di un soggetto cessato dalla carica), il RTI ricorrente si è attenuto, nel rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, alle indicazioni contenute nel modulo predisposto dalla stazione appaltante (che, secondo quanto previsto dall'art. 2.1. del disciplinare, doveva essere obbligatoriamente utilizzato dai concorrenti), che non conteneva alcun riferimento alla necessità di rendere le dichiarazioni anche con riferimento agli amministratori e direttori tecnici delle imprese "cedenti".

Ad avviso del Collegio, appare preferibile una diversa interpretazione dei principi affermati dell'A.P. n.21/12.

Ed invero, ragionando in senso sostanzialistico, ove l'amministrazione legittimamente attivi il dovere/potere di soccorso di fatto "rimettendo in termini" l'imprenditore ai fini della presentazione della dichiarazione, non c'è ragione per diversificare tale situazione da quella in cui la dichiarazione medesima sia stata presentata ab origine.

Anche in tali casi, pertanto, a fronte delle dichiarazioni acquisite, il Collegio ritiene che la stessa A.P. non sia giunta ad escludere in radice, anche dopo il 7 giugno 2012, il potere della stazione appaltante di valutare l'incidenza in concreto dei precedenti penali eventualmente riscontrati, ovvero se essi possano assurgere al livello di "circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale", tali da determinare l'esclusione dalla gara (in tal senso: Cons. Stato Sez. V, 21-10-2013, n. 5122; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 14-06-2013, n. 1561).

E' vero, infatti, che - per costante giurisprudenza - nelle procedure di evidenza pubblica, qualora l'obbligo di presentare la dichiarazione di cui all'art.38 sia evidente in base alla legge, alla lex specialis o all'orientamento giurisprudenziale radicato e consolidato, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità e, pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma determinando l'esclusione del concorrente che non abbia presentato tale dichiarazione persino nei casi in cui l'impresa meriti "sostanzialmente" di partecipare alla gara (cfr. Cons. Stato Sez. III, 02-07-2013, n. 3550; T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 18-07-2013, n. 7303).

Tuttavia, ad avviso del Collegio, alle medesime considerazioni non può giungersi nei casi - presi in esame dalla stessa A.P.- in cui, a fronte della incertezza giurisprudenziale circa l'obbligo di presentare la dichiarazione e dell'assenza di una previsione ad hoc nella lex specialis, l'amministrazione abbia comunque ritenuto di attivare il dovere/potere di soccorso.

Ed invero, la stessa A.P. n.21/12, nel richiamare i principi espressi dall'adunanza n. 10/2012, espressamente ricorda che la ratio della causa di esclusione dell'assenza del requisito di moralità di cui all'art.38 Codice Appalti è quella di ostacolare l'elusione della norma, in relazione a vicende in atto o prevedibili, in cui sussista anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale "con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale".

Nel caso in esame - in cui l'amministratore della società Sicurpol Sezione Sicurezza, ceduta alla Securpol Group (poi risultata aggiudicataria), risultava aver riportato un decreto penale per reati commessi nel 2005 aventi ad oggetto violazione al TULPS 773/1931 ed al RDL 1952/1935- tale incidenza veniva esclusa dall'IPZS in relazione alla natura del reato, alla risalenza del fatto, all'assenza di recidiva e all'applicazione delle attenuanti generiche.

Del resto, il rispetto della par condicio, nel caso in esame, risulta dimostrato dalla mancata esclusione della stessa ricorrente principale, incorsa nel medesimo errore -almeno, secondo l'orientamento giurisprudenziale del Tar Napoli, non condiviso dal Collegio- per non aver prestato analoga dichiarazione nei confronti della affittuaria

fallita, successivamente ceduta, Vigili dell'Ordine s.c.r.l, senza che ciò ne abbia determinato l'esclusione dalla gara. In conclusione, la censura deve essere respinta.

Quanto ai motivi I, III e IV del ricorso principale, se ne ribadisce l'infondatezza, come già ritenuto dal Collegio con ordinanza cautelare n.2274/2013.

In ogni caso, aderendo alle indicazioni rese nella richiamata ordinanza n.2679/13 della IV sezione del Consiglio di Stato, si procede ad approfondire le argomentazioni ivi sinteticamente esposte.

Con il primo motivo del ricorso principale, Securitalia sostiene che il costituendo RTI Securpol Group Srl/Securitas Metronotte Srl non avrebbe comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica richiesto dalla lex specialis di gara - ovvero di avere espletato a regola d'arte, presso una realtà pubblica o privata, un servizio analogo unitario per un importo complessivo non inferiore a € 6.000.000,00- essendosi avvalso di sei distinti contratti (in tal modo facendo venir meno il concetto di unitarietà del servizio).

Infatti, il bando di gara prevedeva che ai fini della partecipazione alla gara il possesso tra gli altri, di un'adeguata capacità tecnica, da dimostrare attraverso l'espletamento, a regola d'arte, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, presso una realtà pubblica o privata, di "un servizio analogo unitario per un importo complessivo non inferiore a euro 6.000.000 (seimilioni / 00) IVA esclusa, per la partecipazione al lotto n. 1" .

Nel caso di partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei d'impresa, il disciplinare ha specificato che tale requisito sarebbe dovuto essere dimostrato da parte dell'impresa mandataria.

Ai fini della comprova, in sede di verifica ex art. 48, comma 2 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, Securpol ha dichiarato di essere in possesso del requisito, producendo la certificazione rilasciata dalla società di intermediazione BASE S.r.l. attestante che "SECURPOL GROUP S.r.l.. già Securpol Vigilantes S.r.l, Securpol Mat Vigilantes S.r.l., Mat SecurIDI S p. a. Sicurpol S.r.l. Securpol Val di Cecina S.r.l., Securpol S.r.l. in qualità di mero esecutore di servizi, sulla base di un accordo quadro che prevede l'espletamento di servizi a favore dell'Istituto Bancario Monte dei Paschi di Siena (...) ha effettuato regolarmente servizi di vigilanza fissa e ispettiva" per un importo pari, nel triennio di riferimento ad Euro 7.089.919,99.

Ad avviso della ricorrente, la certificazione rilasciata dalla BASE S.r.l. non sarebbe idonea a comprovare il possesso del requisito autodichiarato dall'impresa mandataria "in quanto le prestazioni da cui è scaturito il fatturato, pur discendendo da un solo accordo quadro, sono state affidate a sei differenti imprese, che le hanno separatamente svolte e separatamente fatturate".

Tale schema operativo sarebbe pertanto "incompatibile" con la stessa nozione di "servizio unitario" e ciò in quanto "i servizi resi sono diversi, perché diversi sono i contratti che li assegnano e diversi sono i loro esecutori".

Nella richiamata ordinanza n.2274/13, con riferimento a tale censura, il Collegio ha già osservato che:

"con riferimento alla censura di cui al punto 1) e alla asserita carenza del prescritto requisito tecnico/economico richiesto dalla lex specialis, appare ininfluenza che le prestazioni da cui è scaturito il fatturato complessivo dichiarato dall'aggiudicataria (nella specie, € 7.318.069,45 tra il 1° gennaio 2009 ed il 31 dicembre 2012), siano state eseguite da differenti imprese, tutte facenti capo alla Securpol (Securpol Vigilantes Srl, Securpol Mat Vigilantes Srl, Mat Security SpA, Sicurpol Srl, Securpol Val Cecina, in quanto esse appaiono riferibili al medesimo soggetto (facente capo alla società Menghini and Sons. S.r.l.), per effetto di vicende societarie cristallizzatesi in data ben anteriore al bando di cui trattasi;

invero, mentre il requisito di capacità economica deve essere posseduto dalle mandanti (in misura non inferiore al 20% ciascuna) e dalla mandataria (in misura non inferiore al 60%), il requisito di capacità tecnica è riconducibile unitariamente alla mandataria Securpol, trattandosi di prestazioni afferenti a un medesimo accordo quadro per l'erogazione di servizi di vigilanza al Monte Paschi di Siena ed essendo state dettagliatamente esposte le

motivazioni di carattere “storico” che avevano condotto gli operatori economici operanti nel settore della vigilanza, fino al pieno recepimento della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 13 dicembre 2007, a costituire singole società operanti in ambito provinciale, con legali rappresentanti in possesso del relativo titolo abilitativo;

che, peraltro, deve ritenersi consentito all'impresa che abbia acquisito un ramo d'azienda di avvalersi, ai fini della qualificazione ad una gara di appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente, atteso che l'istituto dell'avvalimento ha portata generale e l'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), nel disciplinare le vicende soggettive del candidato, consente espressamente il subentro dei soggetti risultanti da operazioni di cessione, affitto di azienda, ovvero da trasformazione, fusione e scissione di società durante la gara, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale (Cons. Stato Sez. V, 17-11-2012, n. 5803; Cons. Giust. Amm. Sic., 26-03-2012, n. 322”)

Al riguardo, occorre precisare che nel caso di specie la dedotta impossibilità di frazionamento in relazione alla prevista partecipazione di imprese in RTI è da riferirsi al fatto che il requisito di capacità tecnica, in quanto servizio di punta, deve essere riconducibile esclusivamente in capo alla mandataria (a differenza di quanto invece previsto in relazione al requisito di capacità economica che, in caso di RTI costituendo, deve essere posseduto cumulativamente dalle mandataria e dalla/e mandanti fino alla copertura totale del requisito, in misura non inferiore al 60% dall'impresa futura mandataria e non inferiore al 20% da ciascuna delle future mandanti), in quanto altrimenti “verrebbe meno proprio la stessa causa giustificatrice della richiesta di un contratto di punta, inteso come esperienza di particolare pregnanza in servizio analogo, e verrebbe altresì a concretizzarsi una disparità di trattamento tra imprese individuali, cui viene addossato l'onere di avere svolto tali servizi, e gli RTI che invece potrebbero ripartire tale onere tra i vari partecipanti”.

Secificatamente, nel caso in esame, il possesso del requisito di capacità tecnica è riconducibile in capo alla mandataria Securpol Group, per effetto della già descritta acquisizione di rami d'azienda, e del conseguente passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (Consiglio Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550).

In particolare, come evidenziato nella memoria della controinteressata, Securpol Group S.r.l. è un operatore economico iscrizione nel registro delle imprese soltanto dal 5 marzo 2009. Nell'anno 2010 l'impresa stipulava con le società Securpol Vigilantes S.r.l, Securpol Val di Cecina, Securpol Mat Vigilantes, Sicurpol S.r.l., Mat Vigilantes, Mat Security S.p.a., Securpol S.r.l. contratti di affitto/cessione di azienda acquisendo, attraverso tale operazione societaria, la capacità tecnica maturata dalle predette imprese nel settore della vigilanza (cfr. ex plurimis, oltre alla giurisprudenza citata nella memoria di parte, TAR Lazio, sez. I, 10 marzo 2011, n. 2187; T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 23-09-2009, n. 4722; T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV Sent., 12-07-2008, n. 1404).

Sulla base del citato accordo - quadro stipulato tra la suddetta società e la BA.SE. S.r.l., veniva affidato a Securpol il servizio costituito dall'esercizio di servizi di vigilanza per le diverse sedi del Monte dei Paschi di Siena. Per l'esercizio di tale servizio, la BASE S.r.l. riteneva evidentemente di appoggiarsi alle società indicate, non già in quanto soggetti esecutori diversi, ma in quanto componenti di un medesimo gruppo economico.

Circa il carattere “unitario” di tale servizio, benché svolto sulla base di separati contratti, SECURPOL ha evidenziato come ciò fosse richiesto, all'epoca, dall'art. 252 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635 (c.d. regolamento di esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) – mutato solo mutato per effetto della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 13 dicembre 2007 (in causa C- 465/05), la quale ha abolito il "limite provinciale" quale caratteristica indefettibile della licenza prefettizia, ritenendola incompatibile con il principio del libero mercato vigente tra i paesi dell'Unione europea recepita, sul piano nazionale, con il d.P.R. 4 agosto 2008, n.

153 - il quale prescriveva il possesso di un "decreto di approvazione del Prefetto per ogni Provincia in cui l'attività di vigilanza doveva essere svolta", e quindi, in sostanza, che gli istituti di vigilanza operanti in province diverse dovevano essere titolari di singole licenze per ogni provincia in cui fossero chiamati ad operare. Ciò spiega la ragione per la quale, anche nel caso di specie, un operatore economico sostanzialmente unitario che faceva capo alla società Menghini and Sons- abbia operato sul territorio nazionale sulla base' di società locali, con legali rappresentanti titolari di licenze prefettizie per le province di riferimento (come dimostrato dal fatto che tutti gli operatori economici indicati nella certificazione rilasciata dalla BA.SE S.r.l. rientrano nel bilancio consolidato della predetta società, in quanto, come emerge dalla nota integrativa al bilancio erano alla stessa legate da rapporti di controllo e/o collegamento. S.r.l. nonchè dalla attestazione di esecuzione servizi rilasciata dal Monte dei Paschi di Siena doc.n.10 allegato memoria Securpol).

Come evidenziato dalla controinteressata, tra l'altro, "l'esistenza, tra imprese concorrenti ad una medesima gara d'appalto, di rapporti di controllo e/o di collegamento ex art. 2359 cod. civ. (o anche solo di collegamento sostanziale), integra una causa potenzialmente ostativa rispetto alla concomitante partecipazione alla gara delle società interessate. E ciò proprio in ragione del fatto che l'esistenza di tali rapporti costituisce indice dell'assenza di una reale alterità soggettiva, tale da poter comportare un'alterazione del principio di libera concorrenza a causa della possibile provenienza delle offerte da un unico centro decisionale (ex plurimis, Cons. Stato, sez. IV, sentenza 28 gennaio 2011, n. 673".

Non si ravvisa, dunque, alcuna violazione della lex specialis di gara con riferimento a quanto previsto al Titolo III punto 2.1 del disciplinare di gara.

Con il terzo motivo di ricorso principale e con le argomentazioni dedotte con i motivi aggiunti, parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe errato nel considerare congrua l'offerta economica del RTI aggiudicatario, in quanto la commissione non avrebbe tenuto in considerazione il fatto che l'impresa sarebbe stata obbligata ad applicare l'istituto del c.d. cambio appalto, ossia ad assumere "con passaggio diretto ed immediato il personale impiegato dal precedente appaltatore (ossia la stessa Sicuritalia) per il servizio oggetto di affidamento". Tale circostanza renderebbe non congrua la proposta economica del RTI Securpol Group, in quanto non sarebbero stati considerati "i maggiori costi derivanti dalla necessità di retribuire n. 8 guardie particolari giurate, inquadrate al IV livello super" né quelli derivanti dalla necessità di "tenere conto degli scatti di anzianità già maturati da 53 guardie particolari giurate", tutte impiegate dalla stessa ricorrente per l'esecuzione del contratto di appalto "cessato".

Con i motivi aggiunti, in particolare, la ricorrente ha specificato, quanto alla violazione dell'obbligo concernente il cd, cambio-appalto:

che l'aggiudicataria si è resa disponibile ad assumere soltanto 43 dipendenti di Sicuritalia (e solo a titolo conciliativo 55 unità) attualmente impiegati nel servizio, rispetto alle 91 unità rilevate dalla Direzione Territoriale del Lavoro di Roma e comunque rispetto alle 73 gpg da impiegare sulla commessa; laddove, in corretta applicazione delle disposizioni del CCNL di riferimento e della lex specialis, Securpol avrebbe invece dovuto, prima di qualsivoglia nuova assunzione, garantire la conservazione del posto di lavoro al personale del gestore uscente. Ciò dimostrerebbe che l'aggiudicazione è illegittima, perché disposta in favore di un soggetto che ha dichiarato di violare le condizioni economiche del CCNL del settore (cfr. nota in data 3 luglio 2013 e verbale dell'incontro del 5 luglio 2013 tenutosi avanti la Direzione Territoriale del lavoro di Roma in relazione al cd. cambio appalto relativo alla commessa in oggetto).

Quanto alla mancata giustificazione (e verifica) dei maggiori costi del personale di Sicuritalia:

- che né Securpol, in sede di giustificazioni, né la Stazione appaltante, in sede di verifica di anomalia, hanno

considerato i maggiori costi che l'aggiudicataria dovrà sostenere per effetto dell'assunzione delle unità di Sicuritalia.

I giustificativi di Securpol muovono, infatti, dal presupposto secondo cui l'aggiudicataria sarebbe libera di procedere a nuove assunzioni anziché assorbire il personale del gestore uscente.

In particolare, l'offerta della SECURPOL non considererebbe i maggiori costi del lavoro di 8 gpg inquadrate al IV° livello super, così come non tiene mai conto degli scatti di anzianità (e conseguenti maggiori oneri economici) già maturati dalle già presenti sull'appalto alle dipendenze di Sicuritalia.

Ad avviso della ricorrente, stando alla stessa ricostruzione dei costi dell'odierna controinteressata, gli extra-costi - connessi all'impiego del personale già alle dipendenze di Sicuritalia e non considerati in sede di giudizio di congruità comprometterebbero la remuneratività della commessa, dato che, da un lato, il costo medio annuo di ognuna delle 8 gpg al IV° livello super è pari ad € 27.990,73; e, dall'altro lato, che l'incidenza netta dei soli scatti di anzianità già maturati dalla gpg di SICURITALIA sulla loro paga base tabellare conglobata supera, sull'intera durata della commessa, il valore complessivo di € 100.000,00.

Quanto all' assenza dei benefici fiscali dichiarati da Securpol:

- che, atteso l'obbligo di Securpol di assumere il personale del gestore uscente, la pretesa di beneficiare di agevolazioni contributive risulterebbe di per sé radicalmente infondata, in quanto l'istituto del cd. cambio appalto impone il mantenimento, in favore del personale assunto, degli stessi livelli contributivi già garantiti dal gestore uscente.

Securpol, quindi, non potrebbe assumere il personale di Sicuritalia con contratti diversi (ovvero, contratti di apprendistato) da quelli già in vigore tra le parti.

In ogni caso, anche laddove Securpol, anziché assumere il personale di Sicuritalia, attingesse dalle liste di mobilità, come dichiarato nei propri giustificativi, e reimpiegasse il proprio personale licenziato, Securpol non potrebbe comunque godere di alcun beneficio.

In tema di agevolazioni connesse all'assunzione di personale in mobilità, la Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 13 luglio 2006 ha infatti chiarito che "sono esclusi dalla provvidenza i datori di lavoro che, durante il periodo in cui vige tale diritto (6 mesi dal licenziamento) procedano alla riassunzione del medesimo dipendente a suo tempo licenziato per riduzione di personale". Dunque, l'azienda che ha avviato la procedura di mobilità nei confronti dei propri dipendenti perde il diritto alle agevolazioni qualora proceda alla riassunzione del medesimo personale entro il termine di sei mesi; soltanto dopo che sia trascorso tale termine "l'azienda che ha posto in mobilità i lavoratori può riassumerli usufruendo di benefici contributivi ed economici".

Nella specie, Securpol ha dichiarato di aver avviato la procedura di mobilità lo scorso 6 marzo 2013: sicché, assumendo — a distanza di appena 3 mesi dal licenziamento - i lavoratori da essa stessa messi in mobilità, Securpol perde il diritto alle agevolazioni, senza le quali il rapporto costo/ricavi dell'avversaria offerta diverrebbe "fallimentare": gli extra costi non computati abbatterebbero del tutto gli utili dichiarati e la commessa sarebbe gestita in perdita. Poiché tali considerazioni non sono state approfondite dalla Stazione appaltante, in sede di verifica di anomalia dell'avversaria offerta, il giudizio finale di asserita congruità risulterebbe inficiato da una assoluta carenza di istruttoria ed un evidente travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, tali da rendere illegittima l'aggiudicazione finale a Securpol.

La ricostruzione della ricorrente muove, quindi, dall'assunto che il RTI controinteressato sarebbe stato obbligato ad applicare la disciplina del cambio appalto. E ciò sia in ragione di previsioni contenute nella disciplina di gara, sia in quanto tale obbligo sarebbe stato espressamente previsto dagli strumenti di contrattazione collettiva, sia nazionale che territoriale.

Sul punto, approfondendo quanto già sinteticamente evidenziato nell'ordinanza cautelare n.2274/13 di questa Sezione (ovvero che la censura appare manifestamente infondata sia con riferimento alle prescrizioni relative all'offerta tecnica formulate nella *lex specialis*, sia tenuto conto che il CCNL per i dipendenti degli Istituti di vigilanza privata non prevede un'applicazione *sic et simpliciter* del c.d. "cambio appalto", dovendo l'impresa soccombente attivare un tavolo di confronto con le parti interessate, qualora sussistano i presupposti di cui all'art.26 CCNL), si evidenzia che:

- quanto al profilo relativo alla violazione della disciplina di gara, non appare rinvenire nessuna disposizione in tale senso nel bando, nel disciplinare o nel capitolato: anzi, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, a fronte di una specifica richiesta di chiarimenti inoltrata da un concorrente, la stazione appaltante ha precisato testualmente che la *lex specialis* non prevedeva "alcun obbligo di assunzione del personale dell'impresa uscente" (per quanto, dalla documentazione agli atti, risulta che l'aggiudicataria abbia comunque autonomamente assunto taluni obblighi in tal senso).

Né può aderirsi alla interpretazione secondo cui l'obbligo di assunzione del personale di cui trattasi deriverebbe in ragione dell'operatività dell'istituto del cd. "cambio appalto", per effetto di disposizioni contenute:

a) nel CCNL vigente alla data di presentazione dell'offerta;

b) in due contratti collettivi integrativi territoriali di Roma e Provincia, sottoscritti, tra il Ministero del Lavoro, la Prefettura e l'ente Bilaterale "EBITEN", rispettivamente, il 16 luglio 2004 e il 20 luglio 2009;

c) nel CCNL attualmente vigente, rinnovato lo scorso 1 febbraio 2013.

Ed invero, ad avviso del Collegio, ai fini dell'infondatezza della censura, assume rilievo dirimente la circostanza che il CCNL –ivi compreso quello in materia di vigilanza privata- non ha carattere normativo, bensì contrattuale, ed è pertanto inidoneo a vincolare soggetti terzi (cfr. Cons. Stato Sez. III, 29-11-2011, n. 6301; e, proprio con riferimento alla natura del CCNL dei dipendenti degli istituti di vigilanza, Cons. Stato Sez. VI Sent., 23-05-2008, n. 2493).

Tanto precisato, è pacifico che Securpol Group non aderisce ad alcuna delle organizzazioni sindacali datoriali che hanno sottoscritto i CCNL richiamati e, pertanto, su di esso non gravava alcun onere di applicazione delle previsioni, diverse da quelle economiche, contenute nei predetti contratti (cfr. Cass. Civ. Sez. Unite, 13 ottobre 2009, n. 21711).

In secondo luogo, come rilevato anche dall'amministrazione resistente, mentre gli strumenti di contrattazione collettiva vigenti al momento dell'offerta economica non appaiono stabilire una disciplina cogente in ordine all'applicazione del c.d. cambio appalto.

Il CCNL in vigore alla data dell'offerta (il cui termine era fissato alla data del 4 ottobre 2012) è, infatti, quello siglato in data 2 maggio 2006, applicabile, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, sino alla data del 1 febbraio 2013 (data di entrata in vigore del "nuovo" CCNL, stipulato in data 8 aprile 2013 con efficacia, appunto, dal mese di febbraio).

Il CCNL del 2006 disciplina infatti il "cambio appalto" (anche denominato "clausola sociale") all'art. 26. Dopo aver premesso che "il cambio appalto e/o affidamento del servizio" possono determinare esuberi occupazionali, la norma prevede testualmente che "le parti convengono di proporre l'inserimento nei bandi di gara, a partire dagli Appalti pubblici, di clausole che prevedano il cambio appalto (...)".

La disposizione, quindi, contrariamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, non prevede di per sé un obbligo di applicazione, da parte dei datori di lavoro, della clausola sociale, ma si limita ad auspicare che le parti si attivino presso le stazioni appaltanti per ottenere l'introduzione nella disciplina di gara di una previsione in materia di cambio appalto: disposizione che, nel caso in esame, non risulta inserita, senza che il bando sia stato impugnato in

parte qua, come del resto non risulta impugnata la richiamata nota di chiarimento dell'amministrazione.

Tale interpretazione, peraltro - come sottolineato nelle memorie della resistente- trova conferma nelle previsioni in materia di cambio appalto contenute nel CCNL vigente a partire dal 1 febbraio 2013 che, all'art. 23, ha introdotto una disciplina contrattuale cogente in materia di cambio di appalto, dettando, "all'uopo termini e modalità di una specifica procedura in materia".

Per analoghi motivi, tale obbligo non può neppure desumersi dall'applicazione alla presente fattispecie delle previsioni contenute in due contratti collettivi integrativi territoriali stipulati tra il Ministero del Lavoro, la Prefettura e l'Ente Bilaterale Territoriale di Vigilanza Privata della Regione Lazio" rispettivamente in data 16 luglio 2004 e 20 luglio 2009. Infatti, anche a prescindere dalla mancata adesione di Securpol ad alcuna delle associazioni sindacali firmatarie:

a) quanto al contratto sottoscritto in data 16 luglio 2004, il cambio appalto è disciplinato nell'art. 4.5 – che si limita a prevedere l'istituzione di una commissione per i cambi appalto e a disciplinare, sotto il profilo procedurale, l'attività- da cui non è possibile dedurre, anche indirettamente, che il contratto territoriale integrativo abbia voluto stabilire l'obbligatorietà dell'assunzione diretta del personale in essere in capo all'impresa uscente.

b) quanto al "contratto integrativo territoriale" richiamato da parte ricorrente, sottoscritto in data 20 luglio 2009 si tratta in realtà di un mero "Vademecum operativo", del quale va addirittura esclusa la natura negoziale, il quale nel richiamare la disciplina della procedura di cambio appalto/affidamento nei servizi di vigilanza, fa testuale riferimento all'art. 26 del CCNL e all'art. 4.5 del contratto provinciale, che come già detto non prevedono alcun obbligo di assunzione diretta, bensì all'obbligatorietà di una procedura conciliativa, diretta a verificare le condizioni per l'assunzione, meramente eventuale, da parte dell'impresa subentrante, del personale utilizzato dall'impresa uscente, che può concludersi anche con un "mancato accordo" al quale consegue la trasmissione della copia del documento finale alle Autorità preposte alla vigilanza del settore "al fine di consentire il proseguimento presso la DPL della procedura di ricollocazione del personale in esubero".

Quanto, pertanto, all'incidenza dei presunti maggiori costi del "cambio appalto" sull'offerta, la Securpol non era quindi tenuta a tenerli in considerazione, specie in ragione della nota di chiarimento dell'amministrazione- che, lo si ricorda, non è stata impugnata – atteso che, come già chiarito, da un lato il bando di gara non lo prevedeva, dall'altro l'impresa non aderisce ad alcuna delle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto il CCNL e, in ogni caso, il CCNL vigente al momento della presentazione dell'offerta non prevedeva siffatto obbligo di assunzione del personale dipendente dall'impresa uscente.

Anche tale motivo, pertanto, deve essere respinto.

Con il quarto motivo del ricorso principale, infine, Securitalia argomenta che l'offerta del RTI Securpol avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in ragione della presunta "inattendibilità" delle giustificazioni rese dalla controinteressata in ordine al costo del lavoro.

In particolare, la ricorrente eccepisce la presunta incongruità dell'offerta in quanto sarebbe apodittica e generica l'affermazione contenuta nei giustificativi, di ricorso, da parte del RTI, ad agevolazioni contributive. In ogni caso, il ricorso a tali agevolazioni dovrebbe intendersi riferito all'utilizzo di contratti di "apprendistato", dall'applicazione dei quali deriverebbero costi ulteriori non presi in considerazione da Securpol. Le giustificazioni sarebbero errate anche nella parte relativa all'abbattimento del tasso di assenteismo e ai costi "derivanti da altre disposizioni di legge".

Sul punto, si è già espressa la richiamata ordinanza cautelare n.2274/13, nel senso che:

“nelle gare pubbliche per l'affidamento di un appalto di servizi, un'offerta non può ritenersi senz'altro anomala, e comportare l'automatica esclusione dalla gara, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo

valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata rispetto all'offerta da valutarsi nel suo complesso (T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 24-05-2012, n. 596; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 27-09-2012, n. 1222; Cons. Stato Sez. IV, 23-07-2012, n. 4206);

- Che, in ogni caso, l'apprezzamento svolto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta è di natura tecnico discrezionale, sindacabile per manifesta illogicità, errore di fatto e insufficiente motivazione, non risultando consentito al Giudice Amministrativo di sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo e che l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del Giudice Amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguarda voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato Sez. V, 12-11-2012, n. 5703, conferma della sentenza del T.a.r. Puglia - Lecce, sez. III, n. 321/2011 e Cons. Stato Sez. V, 06-07-2012, n. 3959)".

In aggiunta, evidenzia il Collegio che tale giudizio deve essere condotto mediante una valutazione "globale e sintetica sulla serietà dell'offerta", nel suo insieme, senza assestarsi su valutazioni "isolate" di singole voci (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1815), come invece si pretende da parte della ricorrente che, peraltro, nulla argomenta con riferimento all'utile d'impresa, indicato dall'aggiudicataria in € 391.445,06 per il biennio di durata naturale del contratto, incrementabile di ulteriori € 195.700,00 per il caso di esercizio dell'opzione di proroga da parte dell'amministrazione, senza considerare; senza considerare che - sotto l'aspetto procedurale - la stazione appaltante ha ritenuto sufficienti i secondi chiarimenti scritti di cui all'art. 88, comma 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, potendo altrimenti l'impresa comunque beneficiare dell'ulteriore fase dei terzi giustificativi e, poi, del c.d. "contraddittorio orale" (ex art. 88, comma 4 del D.lgs. n. 163/2006 cit.) per rendere eventuali, ulteriori delucidazioni e documenti.

Tali considerazioni rendono consentono al Collegio di ritenere superfluo soffermarsi, nel dettaglio, ad esaminare le esaustive argomentazioni rese da Securpol volte a comprovare, nel merito, la congruità dell'offerta presentata:

-con riferimento alla eccezione circa la presunta genericità del riferimento, contenuto nei giustificativi, al ricorso, da parte di Securpol, alla "fruizione di significative agevolazioni contributive" (atteso che nelle giustificazioni del 2/1/2013 Securpol ha evidenziato che il 40% delle ore di prestazione del personale di IV livello ed 1/3 delle ore di prestazione del personale di III livello sarebbero state effettuate da personale assunto usufruendo di agevolazioni contributive -apprendistato o liste di mobilità-sicché in concreto il costo del lavoro è stato calcolato dall'aggiudicataria, per la parte in discorso (40% del personale) con riferimento alle agevolazioni ed ai conseguenti minori costi del personale proveniente dalle liste di mobilità; sia con riferimento alle ulteriori affermazioni relative alla mancata considerazione di extra costi derivanti dall'applicazione della normativa in materia di contratti di apprendistato (posto che Securpol non ha inteso avvalersi di tale istituto bensì delle liste di mobilità).

- con riferimento alla eccezione circa la presunta incongruenza della durata delle agevolazioni contributive di cui all'art. 25 comma 9 della Legge 223/1991 (18 mesi) con la durata dell'appalto (24 mesi) (atteso che il 40% delle ore di prestazione lavorativa effettuato dal personale assunto con le agevolazioni previste dalla normativa in materia di accesso alle liste di mobilità ben potrebbe essere, come argomentato, effettuato nei primi 18 mesi di durata dell'appalto, ricomprendendo le ore di prestazione effettuate nei sei mesi successivi nel restante 60% di ore, effettuate dal personale assunto senza alcuna agevolazione).

-con riferimento alla eccezione circa la circostanza che Securpol non avrebbe potuto eliminare integralmente il valore riportato nelle tabelle ministeriali alla voce "costi derivanti da altre disposizioni di legge" atteso che, a parte

i profili di genericità della censura, Securpol nelle proprie giustificazioni del 2/1/2013, aveva già affermato che “tali costi sono stati già ammortizzati a prescindere dall'appalto in questione, e che ogni eventuale e minima incidenza aggiuntiva è comunque assorbita dalle spese generali”.

- con riferimento al rilievo che Securpol avrebbe immotivatamente ridotto il tasso di assenteismo per infortuni e malattie rispetto a quello riportato dalle tabelle ministeriali. Anche la censura in esame è inammissibile, prima ancora che infondata, poiché controparte non allega nessun calcolo per dimostrare che un più elevato tasso di assenteismo avrebbe compromesso la serietà dell'offerta complessivamente considerata, a fronte di un utile dichiarato di ben 391.445,00 euro.

Per tutti questi motivi, anche il ricorso principale ed i motivi aggiunti, in conclusione, devono essere respinti.

La legittimità dell'operato dell'Istituto esclude, pertanto, anche la fondatezza della domanda risarcitoria.

In considerazione dei criteri di cui all'art.26 c.p.a., le spese del ricorso principale e dei motivi aggiunti nonché del ricorso incidentale – tenuto conto delle questioni sottese che involgono decisioni giurisprudenziali innovative- possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti nonché sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

respinge il ricorso incidentale;

respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;

Compensa integralmente tra le parti spese, diritti ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2013

IL SEGRETARIO

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