

T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, sent. n. 5118 del 3 novembre 2017 (ud. del 4 luglio 2017)

Pres. Scudeller, Est. Caminiti

Appalti. Atto di revoca della procedura di gara. Art. 21 quinquies Legge n. 241/90.

L'unico limite alla possibilità di esercitare un potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto (v. ad es. Cons. Stato Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4934 e Consiglio di Stato sez. III 29 luglio 2015 n. 3748), anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore all'aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria, così che, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento (v. ad es. T.A.R. Salerno, sez. I 04 dicembre 2015 n. 2544), mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione (sulla revocabilità dell'aggiudicazione provvisoria, vedasi ad es. Cons. Stato Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67).

N. 05118/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00779/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 779 del 2017, proposto da:

Over Security Srl e Europolice Srl, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo n. 156;

contro

Gisec Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Landolfi, con domicilio eletto presso lo studio di Marcella Esposito in Napoli, via Toledo 156;

nei confronti di

Lavoro e Giustizia Soc. Coop. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

PREVIA SOSPENSIONE CAUTELARE a) della Deliberazione del C.d.A. della Gisec s.p.a., contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" Prot. n. COM/INT/468, del 19.1.2017, avente ad oggetto "Procedura aperta per il servizio di vigilanza per i siti ed impianti in gestione alla Gisec s.p.a.. Provvedimenti conseguenti alla sentenza T.A.R. Campania n. 4804/2016 sez. V. Delibera di revoca della determina a contrarre n. 674 del 5.03.2015", con la quale si è deciso "di revocare la suddetta determina a contrarre n. 674 del 05/03/2015 e tutti gli atti connessi e consequenziali", nonché della nota prot. 638 del 26.1.2017, con la quale il Responsabile del Procedimento della Gisec s.p.a. Ing. Maurizio Campopiano ha comunicato la ridetta revoca alle ditte interessate;

b) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, nessuno escluso né eccettuato, anche se non citati perché sconosciuti, ivi compresi, se ed in quanto lesivi: 1) il Verbale di gara n. 14 del 12.01.2017, nonché la nota di trasmissione al CdA della Gisec s.p.a. prot. n. COM/INT/354, con il quale la Commissione ha deciso di non concludere la verifica di anomalia dell'offerta del RTI Europolice/Over Security s.r.l., nell'ambito della gara a "procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per i siti ed impianti in gestione alla Gisec s.p.a.", per le motivazioni ivi esposte; 2) la nota contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" PROT. n. COM/INT/38 del 3.1.2017, avente ad oggetto "internalizzazione servizio di vigilanza nei siti e impianti in gestione alla Gisec - comunicazione di inizio attività", a firma del RSPP e del Responsabile Ufficio Ambiente della Gisec s.p.a.; 3) la nota contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" PROT. n. COM/INT/8615 del 22.12.2016, a firma del RSPP e del Responsabile Ufficio Ambiente avente ad oggetto "internalizzazione servizio di vigilanza nei siti e impianti in gestione alla Gisec comunicazione di inizio attività"; 4) il Verbale di gara a procedura aperta n. 13 del 20.12.2016; 5) il Verbale del Consiglio di Amministrazione della GISEC s.p.a., del 30 novembre 2016; 6) la nota contenuta nella COMUNICAZIONE INTERNA PROT. n. COM/INT/8041 del 29.11.2016, a firma del Direttore Tecnico Ing. Maurizio Campopiano, del RSSP e del Responsabile Ufficio Tecnico della Gisec s.p.a., avente ad oggetto "Procedura interna servizio di vigilanza punto n° 3 OdG CDA del 30.11.2016"; 7) il Verbale di gara n. 12 del 24.11.2016, se ed in quanto lesivo; 8) il Verbale del Consiglio di Amministrazione della GISEC s.p.a. del 9 novembre 2016; 9) la nota contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" prot. n. COM/INT/7414 del 3.11.2016, a firma del Direttore Tecnico, del Delegato per la Sicurezza, del Responsabile Ufficio Ambiente, del RSPP della Gisec s.p.a., avente ad oggetto "internalizzazione servizio di vigilanza nei siti e impianti in gestione alla Gisec", nonché di tutti gli atti in essa citati e mai comunicati; 10) per quanto possa occorre, del Bando, del Disciplinare di Gara e del Capitolato Speciale d'Appalto della gara aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per i siti ed impianti della Gisec s.p.a. (CIG 6179976586), nonché della Determinazione a contrarre dell'Amministratore Unico della Gisec S.p.A., n. 674 del 5/03/2015, se ed in quanto lesivi della posizione delle ricorrenti

NONCHE'

per l'accertamento dell'obbligo e per la condanna della GISEC S.P.A. a conformarsi alla Sentenza esecutiva di codesto Ecc.mo T.A.R. Campania Napoli, n. 4804/2016 (giudizio R.G. 1478/2016) nella parte in cui - una volta appurata definitivamente l'inattendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria del servizio di Vigilanza dei siti della Gisec s.p.a., ditta Lavoro e Giustizia soc. Coop. (cfr. verbale n. 12 del 24.11.2016 della Gisec s.p.a.) - si impone alla Stazione appaltante di proseguire la gara,

concludendo la verifica di anomalia dell'offerta anche del RTI ricorrente, legittimato all'aggiudicazione dell'appalto in quanto secondo in graduatoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gisec Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2017 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 23.02.2017 e depositato in data 2 marzo 2017 la Over Security S.r.l. e la Europolice S.r.l., in proprio e nella qualità, rispettivamente, di mandante e mandataria di RTI, hanno richiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della deliberazione del C.d.A. della GISEC S.p.A. del 19.01.2017, trasmessa con nota prot. GISEC n. 638 del 26.01.2017, con la quale si è proceduto alla revoca della determina a contrarre n. 674 del 05.03.2015, a firma dell'A.U. pro tempore della GISEC, nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, connessi e consequenziali, nonché l'accertamento dell'obbligo e la condanna della GISEC a conformarsi alla sentenza resa da questa Sezione, contraddistinta dal n. 4804/2016.

1.1. Con la gravata deliberazione la GISEC ha proceduto alla revoca della richiamata determinazione a contrarre con la quale era stata indetta procedura aperta per l'affidamento, per il periodo di 12 mesi, del servizio di vigilanza "svolto da addetti armati e non preposti al controllo d'ingresso e da guardie armate motorizzate, dei siti ed impianti in gestione della GISEC S.p.A." (CIG: 6179976586; importo a base di gara: euro 500.000,00, oltre IVA ed oneri per la sicurezza). Detta procedura aveva costituito oggetto di aggiudicazione definitiva in favore della Lavoro & Giustizia S.c.a.r.l., con il punteggio complessivo di 100/100, mentre il RTI composto dalle odierne ricorrenti si era classificato al secondo posto, con il punteggio complessivo di 78,232/100. Il RTI impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura de qua dinanzi questo Tribunale, deducendo l'illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta formulata dalla Lavoro & Giustizia.

1.2. Questo T.A.R. accoglieva parzialmente il ricorso, con sentenza resa da questa Sezione n. 4804/2016, annullando il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed evidenziando, contestualmente, come residuasse *"il potere discrezionale dell'amministrazione circa la verifica di congruità dell'offerta sia dell'originario aggiudicatario, da effettuarsi in base alle coordinate sopra delineate, che del RTI ricorrente, oltre che, eventualmente sul possesso dei requisiti in capo a quest'ultimo"*.

1.3. La GISEC S.p.A. pertanto provvedeva a riaprire la procedura di gara (verbale n. 11 del 28.10.2016, allegato alla documentazione di parte resistente), richiedendo all'istituto Lavoro & Giustizia di far pervenire, entro il termine perentorio delle ore 12.00 del 14.11.2016, le giustificazioni relative all'offerta a suo tempo formulata. Entro tale termine la Lavoro & Giustizia non faceva pervenire alcunché e, per l'effetto, con verbale di gara n. 12 del 24.11.2016 (anch'esso allegato in atti) si procedeva all'esclusione della stessa dalla procedura, individuandosi, contestualmente, quale concorrente primo classificato il RTI composto dalle ricorrenti.

1.4. Non si provvedeva, peraltro, all'aggiudicazione provvisoria in favore del medesimo poiché anche l'offerta formulata da quest'ultimo veniva giudicata anomala. Conseguentemente il RTI veniva invitato a far pervenire, entro il termine delle ore 12.00 del 16.12.2016, le giustificazioni relative. Tali giustificazioni pervenivano nel termine concesso, ma la stazione appaltante, con verbale di gara n. 13 del 20.12.2016, riteneva le stesse non esaustive, per le ragioni indicate in tale verbale, provvedendo, per l'effetto, a richiedere al RTI ulteriori giustificazioni ai sensi di quanto disposto dall'articolo 88, commi 1b e 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, entro il termine perentorio delle ore 12.00 del 30.12.2016. Il RTI provvedeva, nei termini, a quanto richiesto, ma la stazione appaltante, con verbale di gara n. 14 del 12.01.2017, riteneva le ulteriori giustificazioni non esaustive, evidenziando la necessità di procedere all'acquisizione di ulteriori elementi di valutazione, ai sensi dell'articolo 88, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

1.5. Nel corpo del medesimo verbale, tuttavia, il Presidente della Commissione e RUP della procedura, evidenziava peraltro che, a far data dal 02.01.2017, era divenuta operativa, in attuazione di pregresse deliberazioni del C.d.A. della GISEC "l'internalizzazione di ogni tipologia di servizio relativo al portierato e/o guardiania dei siti/impianti gestiti dalla Gisec", cosicché la Commissione provvedeva a trasmettere tale verbale al C.d.A. della GISEC affinché, alla luce di tale rilievo e delle previsioni del capitolato speciale d'appalto e del disciplinare di gara, adottasse i provvedimenti ritenuti più opportuni.

1.6. Si perveniva conseguentemente all'adozione della deliberazione del C.d.A. della GISEC oggetto di impugnativa, la quale reca la seguente motivazione: *"...La stessa commissione con il verbale di gara n° 14, trasmesso con nota prot. COM/INT/354 del 17/01/2017 che qui si intende integralmente richiamato e trascritto, assumeva la decisione di non procedere all'aggiudicazione per i seguenti motivi:*

- "Il Presidente di seggio e RUP della procedura di gara portava a conoscenza della Commissione di gara che l'organo amministrativo della Società con proprie delibere del 09/11/2016 e del 30/11/2016 aveva disposto, nell'ambito di una riorganizzazione e di un efficientamento della produttività del personale, l'internalizzazione di ogni tipologia di servizio relativo al portierato e/o guardiania dei siti/impianti gestiti dalla Gisec e che in attuazione di quanto disposto nei suddetti precedenti CdA era stata avviata la suddetta internalizzazione a partire dal 02/01/2017, così come si evince dalle note prot. COM/INT8615 del 22/12/2016 e COM/INT/38 del 03/01/2017.

- Alla luce di quanto sopra, in attuazione di quanto stabilito al punto 10.8 del Disciplinare di gara e all'art. 21 del capitolato speciale d'appalto (per effetto delle richiamate previsioni, infatti, la Gisec si riservava la facoltà di "non procedere alla aggiudicazione e di revocare e/o annullare la gara stessa senza che nulla sia dovuto all'affidatario del servizio e/o fornitura"), la Commissione decideva di soprassedere all'assegnazione del servizio, poiché risultavano integrate le circostanze di fatto e di diritto che legittimavano la revoca della determinazione a contrarre n 674 del 05/03/2015 atto iniziale della procedura di che trattasi, in uno con tutti i provvedimenti ad essa connessi, collegati e consequenziali.

Al termine del verbale la Commissione deliberava, per l'effetto, di procedere alla trasmissione del verbale n° 14 allo organo amministrativo della Società per la conseguente assunzione dei provvedimenti ritenuti più opportuni alla luce delle mutate condizioni di fatto e di diritto in merito al servizio che viene in rilievo.

Pertanto atteso quanto sopra e verificate che risultano integrate le circostanze di fatto e di diritto che legittimano la revoca della determinazione a contrarre n 674 del 05/03/2015 atto iniziale della procedura di che trattasi, in uno con tutti i provvedimenti ad essa connessi, collegati e consequenziali il CdA GISEC SpA DELIBERA di revocare la suddetta determina a contrarre n° 674 del 05/03/2015 e tutti gli atti connessi e consequenziali”.

2. Le odierne ricorrenti, hanno articolato avverso gli atti gravati, in tre motivi di ricorso, le seguenti censure:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97 DELLA COSTITUZIONE.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 134 e 140 DEL R.D. 1931/773.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 256 BIS DEL R.D. 1940/635.

Le ricorrenti deducono l'illegittimità della disposta revoca della procedura di gara, alla luce della normativa in rubrica.

Assumono al riguardo che ai sensi dell'art. 256 bis del r.d. 1940/635 “Rientrano ... nei servizi di sicurezza complementare, da svolgersi a mezzo di guardie particolari giurate, salvo che la legge disponga diversamente o vi provveda la forza pubblica, le attività di vigilanza concernenti: ... e) la vigilanza presso infrastrutture del settore energetico o delle telecomunicazioni, dei prodotti ad alta tecnologia, da quelli a rischio di impatto ambientale, ed ogni altra infrastruttura che può costituire, anche in via potenziale, un obiettivo sensibile ai fini della sicurezza dell'incolumità pubblica o della tutela dell'ambientale”.

Pertanto, proprio alla luce di tale normativa, con determinazione n. 674 del 5/03/2015, la GISEC S.P.A aveva espresso “la necessità di affidare il servizio di vigilanza per tutti i siti ed impianti in gestione alla GISEC ad un Istituto di Vigilanza esterno, da individuarsi con procedura concorrenziale, proprio al fine di salvaguardare “le matrici ambientali e la sicurezza nei luoghi di lavoro”, innegabilmente connesse con i siti/discariche in gestione.

Inoltre, nella prospettazione di parte ricorrente, detta necessità era stata ulteriormente confermata dall'art. 2 del CSA dell'appalto revocato - secondo cui il servizio doveva esser assicurato “... esclusivamente da personale dell'Istituto di Vigilanza (...), che dovrà essere in uniforme, se armato, munito di regolare porto d'armi, di apposita tessera di identificazione attestante la qualifica con fotografia e la licenza di guardia giurata armata o non armata” – nonché dall'art. 13.1 del Disciplinare che aveva previsto, tra i requisiti di partecipazione dei concorrenti, la “licenza prefettizia prevista dall'art. 134 del TULPS (R.D. 18 giugno 1931, n. 773 e dall'art. 257 e ss. del R.D. 6 maggio 1940, n. 635) per i servizi di vigilanza privata, rilasciata da una qualsiasi Prefettura”.

Pertanto il servizio di vigilanza delle discariche non poteva che essere affidato ad Istituti di Vigilanza privata, con “guardie particolari giurate”, munite dell'apposita licenza prefettizia.

Alla luce di tali rilievi, secondo parte ricorrente, anche il processo di internalizzazione del servizio di vigilanza - che, nel caso di specie, aveva portato alla revoca della gara di cui è causa - doveva esser garantito, ex lege, da guardie particolari giurate, laddove il servizio era stato per contro affidato all'attuale organico degli operatori Gisec, in violazione del citato art. 256 bis del RD

635/1940, nella parte in cui impone che un tale tipo di servizio vada svolto con guardie particolari giurate.

Nella prospettazione attorea gli atti impugnati sarebbero altresì violativi del disposto dell'art. 134 R.D. n. 773/1931 il quale dispone che "senza autorizzazione del prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati".

La Gisec inoltre è una Società che ha come socio unico la Provincia di Caserta, con l'obiettivo di gestire l'intero ciclo integrato dei rifiuti di afferenza.

Nell'oggetto sociale della medesima, secondo parte ricorrente, non comparirebbe l'attività di vigilanza armata e non armata dei siti di stoccaggio e delle discariche affidate alla stessa dall'Ente provinciale.

L'intero progetto di internalizzazione del servizio di vigilanza - quale presupposto della revoca della gara di cui è lite - quindi, nella prospettazione attorea, si porrebbe in stridente contrasto con il divieto riportato, perché in tal modo un soggetto privato, quale è la Gisec s.p.a., fornirebbe alla Provincia un servizio non previsto nell'oggetto sociale e per il quale sarebbe prevista la licenza prefettizia ex art. 134 del TULPS.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97 DELLA COSTITUZIONE.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 134 e 140 DEL R.D. 1931/773.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 256 BIS DEL R.D. 1940/635.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 QUINQUIES DELLA L. N. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 e 7 DELLA L. N. 241/1990.
ECESSO DI POTERE. SVIAMENTO FUNZIONALE. CONTRADDITTORIETA'.
ILLOGICITA'. VIZIO DI MOTIVAZIONE.

Assumono inoltre le ricorrenti, fermo restando il carattere assorbente dei precedenti motivi, che ai sensi dell'art. 21 quinquies l. 241/1990, in combinato con l'art. 3 della medesima legge, la revoca di provvedimenti amministrativi, come chiarito dalla giurisprudenza, sarebbe sottoposta ad oneri motivazionali su specifici presupposti, al fine di rendere percepibile al destinatario le ragioni dello *ius poenitendi* in tal modo esercitato dall'amministrazione e che quest'obbligo di motivazione puntuale sarebbe applicabile anche all'aggiudicazione provvisoria, la quale costituisce ai sensi degli artt. 11 e 12 cod. contratti pubblici, il provvedimento conclusivo della fase di competenza della commissione, avente una sua autonoma rilevanza sul piano giuridico, tanto da essere impugnabile in sede giurisdizionale.

Nella prospettazione attorea il RTI ricorrente avrebbe un'aspettativa particolarmente qualificata ad una congrua motivazione del ritiro in autotutela della gara, essendosi collocato al primo posto della graduatoria di merito, a seguito della presentazione del ricorso accolto da questo TAR Campania Napoli, con la citata sentenza n. 4804/2016.

Secondo parte ricorrente inoltre il procedimento di internalizzazione del servizio di vigilanza sarebbe stato portato a termine dalla Stazione appaltante mentre la gara era ancora in corso, in aperta violazione dell'art. 7 della Legge n. 241/1990, sottacendo del tutto al concorrente primo in graduatoria quanto "parallelamente" il CDA stava programmando, senza rispetto del diritto alla partecipazione procedimentale, della buona fede e della correttezza dovuta verso il privato.

Inoltre, la disposta revoca, lungi dall'essere correttamente motivata, si porrebbe altresì in contrasto con quanto disposto dall'art. 1 del CSA, secondo cui l'appalto aveva per oggetto "il servizio di vigilanza svolto da addetti armati e non preposti al controllo d'ingresso e da guardie armate motorizzate, dei siti ed impianti in gestione della GISEC s.p.a."

Lo stesso C.d.A. aveva al riguardo espresso dubbi in ordine alla fattibilità dell'internalizzazione del servizio laddove con verbale del 9.11.2016 aveva deliberato "*... il Consiglio, dopo ampia ed approfondita discussione, preso atto di quanto esposto dal direttore tecnico, richiede allo stesso (ndr.: soggetto proponente l'internalizzazione del servizio di vigilanza) di predisporre, per il prossimo CDA, un piano di realizzazione del servizio di vigilanza, al fine di verificare l'effettiva fattibilità di tale internalizzazione, che tenga conto dell'importanza della qualità del servizio, così come assicurato, ad oggi, dalla ditta esterna affidataria, e che preveda esplicitamente l'assunzione delle responsabilità in capo ai lavoratori*".

Peraltro, in contrasto con le direttive emanate dal CDA il 9.11.2016, la S.A., una volta esclusa dalla gara l'aggiudicataria, aveva contro deciso che "l'internalizzazione completa del servizio di vigilanza (servizio di vigilanza - importo contrattuale € 436.000,00 anno), festivi compresi, sarebbe stata garantita dall'attuale organico degli operatori Gisec e, ciò, a prescindere da qualsivoglia verifica circa la corrispondenza qualitativa e quantitativa con il servizio fino a quel momento svolto da un Istituto di Vigilanza, verifica invece imposta nel precedente verbale, secondo quanto innanzi precisato.

Assume al riguardo parte ricorrente che la disposta internalizzazione era stata evidentemente decisa al fine di non aggiudicare l'appalto, come evincibile dalla stessa motivazione che aveva spinto, in data 3.11.2016, gli Organi della Società provinciale a proporre tale internalizzazione.

La GISEC pertanto, secondo le ricorrenti, aveva inteso verificare la possibilità di confermare l'aggiudicazione disposta in favore della Lavoro & Giustizia, in tal modo condizionando il ritiro degli atti della selezione, non già alla pur dichiarata esigenza di conseguire presunti risparmi di spesa, bensì all'esito della valutazione di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, ritenuta, infatti, "preliminare" all'atto di ritiro.

Da ciò, a dire di parte ricorrente, l'eccesso di potere per sviamento funzionale degli atti gravati di impugnativa.

In ogni caso, assumono le ricorrenti, la GISEC non avrebbe potuto procedere all'internalizzazione del servizio, non avendo guardie giurate al proprio servizio.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 septies della L. n. 241/1990. VIOLAZIONE ED ELUSIONE DELLA SENTENZA DEL T.A.R. CAMPANIA NAPOLI, N. 4804/2016. NULLITA' DEGLI ATTI DI REVOCA DELLA GARA E DI INTERNALIZZAZIONE DEL SERVIZIO DI VIGILANZA.

Secondo il R.T.I. ricorrente il processo di internalizzazione sarebbe stato concepito con relazione del 3.11.2016, cioè successivamente alla sentenza di questa Sezione n. 4804/2016, pubblicata il 20.10.2016, con la quale accogliendo il ricorso proposto dal R.T.I. secondo classificato, si era annullata l'aggiudicazione disposta in favore della Lavoro & Giustizia soc. coop..

Assume al riguardo parte ricorrente che il processo di internalizzazione sarebbe stato un "rimedio" utilizzato dalla S.A. per garantire alla Lavoro e Giustizia di continuare a prestare i propri servizi alla Gisec s.p.a., nonostante l'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione e che da informazioni

assunte dal RTI ricorrente, risulterebbe che, di fatto, l'internalizzazione del servizio di vigilanza non era stata mai realizzata e che, di contro, la Lavoro e Giustizia soc. Coop. presterebbe ancora i propri servizi in favore della GISEC s.p.a..

Da ciò, a dire di parte ricorrente, il vizio di elusione del giudicato, in quanto la revoca della gara sarebbe altresì nulla e/o illegittima, perché "devierebbe", con eccesso di potere, dal puntuale precetto enucleabile dalla sentenza esecutiva

3. Si è costituita la Gisec s.p.a. con deposito di documenti e di articolata memoria difensiva, instando per il rigetto del ricorso.

3.1. Segnatamente la resistente ha dedotto come l'attività di vigilanza dei siti ed impianti in gestione della GISEC S.p.A non rientrasse sotto la previsione dell'art. 256 bis del regio decreto n. 635 del 1940, e che in ogni caso mancasse il presupposto per l'applicazione delle previsioni normative invocate da parte ricorrente in quanto non vi era alcuna possibile sovrapposizione fra le attività oggetto della procedura di gara a suo tempo indetta dalla GISEC e le attività dispiegate dalla stessa a seguito della c.d. internalizzazione.

Ciò in quanto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1, 2 e 3 del capitolato speciale d'appalto, oggetto della gara era un servizio di vigilanza svolto da addetti armati e non e da guardie armate motorizzate, con funzione di prevenzione e repressione delle attività predatorie, rientranti, per l'effetto, nell'ambito della latitudine applicativa del TULPS, mentre oggetto dell'internalizzazione operata dalla GISEC sarebbe lo svolgimento delle attività di guardiania/portierato, e, dunque, di una difesa meramente passiva delle proprietà immobiliari, che non necessiterebbero, giusta quanto previsto dalla legge n. 340 del 2000, di alcuna autorizzazione di polizia e che risulterebbero, anche in coerenza con i principi comunitari, ormai liberalizzate.

Alcun compito di difesa attiva (come tale implicante lo svolgimento di attività di vigilanza in senso proprio) sarebbe stato pertanto attribuito ai dipendenti della GISEC.

La GISEC sarebbe pertanto pienamente legittimata allo svolgimento delle attività che vengono in rilievo, come dimostrato dall'articolo 15 del vigente CCNL per i dipendenti di imprese e società esercenti servizi ambientali, stipulato in data 21.03.2012 ed applicato dall'odierna resistente per lo svolgimento di tale attività di vigilanza passiva.

3.2. La resistente ha replicato anche relativamente agli altri motivi di ricorso, deducendo che l'atto di revoca era pienamente motivato con il riferimento al risparmio di spesa e che rispetto alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria non risulterebbe applicabile il disposto dell'art. 7 l. 241/90. Inoltre sia la determinazione a contrarre, sia il CSA all'articolo 21 e sia, infine, il disciplinare di gara all'articolo 10.8, prevedevano espressamente la facoltà della GISEC di revocare la procedura, anche in ipotesi di aggiudicazione definitiva, senza che nulla fosse dovuto all'affidatario. Ha infine contestato il terzo motivo di ricorso, relativo all'elusione del giudicato di cui alla sentenza di questa Sezione n. 4804 del 2016, evidenziando che tra l'altro la stessa non era passata in giudicato, essendo pendente appello.

4. All'udienza camerale del 21 marzo 2017, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, parte ricorrente ha rinunciato all'istanza di sospensiva ed il collegio ha dato avviso alle parti di possibili profili di inammissibilità del ricorso in ordine alla determina di internalizzazione del servizio di cui è causa.

5. Parte ricorrente ha replicato in ordine a tale rilievo, intendendo invero la sollevata questione di inammissibilità come questione di tardività dell'impugnativa, con memoria difensiva depositata in data 16 giugno 2017, evidenziando che il processo completo di internalizzazione era stato disposto solo in data 30.11.2016.

6. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 4 luglio 2017.

7. Nell'esaminare i motivi di ricorso il Collegio terrà conto dell'espressa graduazione delle censure operata da parte ricorrente, nella cui prospettazione il primo motivo di ricorso avrebbe carattere assorbente, avuto riguardo alla circostanza che l'espressa graduazione delle censure ad opera della parte ha carattere vincolante per il giudice (cfr sul punto il noto insegnamento di cui alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5/2015), salva l'ipotesi di formulazione di censure di carattere assorbenti *ope legis* (come la censura di incompetenza).

8. Peraltro prima di passare alla disamina dei motivi di ricorso, al fine anche di chiarire il rilievo di ufficio circa l'ammissibilità dell'impugnativa della delibera con cui si è deciso di internalizzare il servizio di cui è causa, che non era riferito ad un'asserita tardività della stessa (*id est* irricevibilità), va evidenziato che l'impugnativa della delibera di internalizzazione del servizio oggetto della gara risulta ammissibile non *ex se* (venendo in rilievo un atto organizzativo di una società privata) ma nei limiti in cui, come nell'ipotesi di specie, costituisca il presupposto della revoca della procedura di gara, e nei limiti del sindacato di tale atto di revoca (cfr al riguardo anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 03585/2016 nella quale si evidenzia tra l'altro che ordinariamente, è la scelta di esternalizzare un servizio, in quanto costituente un'eccezione all'esecuzione "in house" - ovvero con personale e mezzi dell'Amministrazione erogante - che va adeguatamente motivata, dovendosene dimostrare la coerenza con i principi di economicità ed effettività dell'azione amministrativa).

8.1. Quanto alla sindacabilità in genere dell'atto di revoca della procedura di gara va evidenziato che questo Collegio condivide quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'unico limite alla possibilità di esercitare un potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto (v. ad es. Cons. Stato Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4934 e Consiglio di Stato sez. III 29 luglio 2015 n. 3748), anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore all'aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria, così che, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento (v. ad es. T.A.R. Salerno, sez. I 04 dicembre 2015 n. 2544), mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione (sulla revocabilità dell'aggiudicazione provvisoria, vedasi ad es. Cons. Stato Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67).

9. Ciò posto, può passarsi alla disamina del primo motivo di ricorso, espressamente ritenuto di carattere assorbente, con cui parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 134 e 140 del r.d. 1931/773 e dell'art. 256 bis del r.d. 1940/635, deducendo che il servizio oggetto dell'appalto non poteva essere oggetto di internalizzazione, potendo il servizio essere espletato solo da guardie particolare giurate in possesso dell'autorizzazione prefettizia.

9.1. La resistente deduce sul punto come l'invocata normativa non sia automaticamente applicabile ai siti gestiti dalla GISEC, non essendoci per i medesimi un rischio di impatto ambientale e che in ogni caso la censura non coglierebbe nel segno, non essendoci sovrapposizione fra il servizio oggetto dell'appalto, riferito anche alla vigilanza attiva a mezzo di guardie giurate armate e quello oggetto di internalizzazione, riferito alla sola vigilanza passiva, espletabile da personale interno.

9.2. Ciò posto, la censura si rileva parzialmente fondata, nel senso di seguito precisato.

9.3. Ed invero ai sensi dell'art. 1 CSA è "L'appalto ha per oggetto il servizio di vigilanza svolto da addetti armati e non preposti al controllo d'ingresso e da guardie armate motorizzate, dei siti ed impianti in gestione della GISEC S.p.A."; nel successivo art. 2 si specifica che "L'appalto ha per oggetto il servizio di vigilanza svolto da addetti armati e non preposti al controllo d'ingresso e da guardie armate motorizzate, dei siti ed impianti in gestione della GISEC S.p.A.".

E' pertanto evidente come oggetto dell'appalto fosse non solo la vigilanza passiva ma, come del resto ammesso della stessa resistente, la vigilanza attiva, da affidarsi a guardia particolari giurate armate e dotate pertanto della necessaria licenza prefettizia, nonché del porto d'armi ai sensi del combinato disposto degli artt. 134 e 140 DEL R.D. 1931/773, richiamati da parte ricorrente.

La necessità della vigilanza attiva per i siti in questione e del loro necessario affidamento a guardie particolari giurate si evince anche dal disposto dell'art. 256 commi 1 e 2 BIS DEL R.D. 1940/635, del pari posto a base del primo motivo di ricorso.

Infatti ai sensi di tale disposto normativo "*Sono disciplinate dagli articoli 133 e 134 della legge tutte le attività di vigilanza e custodia di beni mobili o immobili per la legittima autotutela dei diritti patrimoniali ad essi inerenti, che non implicino l'esercizio di pubbliche funzioni o lo svolgimento di attività che disposizioni di legge o di regolamento riservano agli organi di polizia.*

Rientrano, in particolare, nei servizi di sicurezza complementare, da svolgersi a mezzo di guardie particolari giurate, salvo che la legge disponga diversamente o vi provveda la forza pubblica, le attività di vigilanza concernenti...

e) la vigilanza presso infrastrutture del settore energetico o delle telecomunicazioni, dei prodotti ad alta tecnologia, di quelli a rischio di impatto ambientale, ed ogni altra infrastruttura che può costituire, anche in via potenziale, un obiettivo sensibile ai fini della sicurezza o dell'incolumità pubblica o della tutela ambientale"

E' infatti indubbio che i siti gestiti dalla GISEC rientrino fra i siti a rischio di impatto ambientale e comunque fra i siti costituenti obiettivo sensibile ai fini della tutela ambientale.

Infatti la GISEC S.p.A. è una società interamente partecipata e controllata dalla Provincia di Caserta, che gestisce, sul territorio casertano, ai sensi del combinato disposto del decreto legge n. 195 del 2009 (convertito in legge n. 26 del 2010) e della legge regionale n. 14 del 2016 e ss.mm.ii. (si veda, in particolare, l'articolo 40, comma 2), a decorrere dal 01.01.2010 e sino all'effettivo avvio delle attività del nuovo modello organizzativo prefigurato dalla richiamata normativa regionale, il secondo segmento del ciclo integrato dei rifiuti, ossia quello relativo al trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti indifferenziati.

In coerenza con la necessità di una vigilanza conforme alle previsioni dell'art. 256 commi 1 e 2 bis del R.D. 1940/635 si pone del resto l'art. 1 del C.S.A: laddove prevede che "L'appalto ha per oggetto il servizio di vigilanza svolto da addetti armati e non preposti al controllo d'ingresso e da guardie armate motorizzate, dei siti ed impianti in gestione della GISEC S.p.A.. In particolare potrà essere richiesto il servizio presso i seguenti siti/impianti:

- di S. Maria Capua Vetere
- SITO DI STOCCAGGIO DI S. MARIA LA FOSSA

- DISCARICA MARRUZZELLA 1 E 2
- DISCARICA PARCO SAURINO 1, 2 E RELATIVO AMPLIAMENTO
- NUOVA E VECCHIA DISCARICA LO UTTARO
- SITO DI STOCCAGGIO PROVVISORIO DI FERRANDELLE
- SITO DI STOCCAGGIO PROVVISORIO DI BALLE DI VILLA LITERNO
- SITO DI STOCCAGGIO PROVVISORIO DI BALLE DI
- SITO DI STOCCAGGIO PROVVISORIO DI BALLE DI MARCIANISE · DISCARICA BORTOLOTTO
- DISCARICA MARRUZZELLA 3 (in caso di gestione)

Del resto è la stessa GISEC ad ammettere che non vi è coincidenza fra il servizio oggetto dell'appalto (riferito anche alla vigilanza attiva e armata) e il servizio oggetto di internalizzazione, riferito alla sola vigilanza attiva.

Ed è ancora la stessa GISEC, nelle sua memoria difensiva, ad ammettere che una parte dei servizi continuerebbe ad essere espletata da Lavoro & Giustizia, ad onta dell'avvenuta internalizzazione (che ovviamente non è in grado di assicurare il complesso dei servizi di vigilanza, tra l'altro necessitati ex lege, mercè il richiamo al citato disposto dell'art. 256 bis commi 1 e 2 bis del R.D. 1940/635, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 134 e 140 DEL R.D. 1931/773 dovendo le guardie giurate cui affidare il servizio essere munite delle necessarie licenze prefettizie).

9.4. Pertanto le esigenze di risparmio di spesa, suscettibili di essere garantite tramite l'internalizzazione del servizio (che non poteva che essere parziale) se poteva porsi a base di una revoca parziale della procedura di gara, non poteva giustificare la revoca totale, per cui inconferenti al riguardo si pone il richiamo alla facoltà di revoca prevista dall'art. 21 prima parte C.S.A. dovendo in ogni caso la revoca esercitarsi motivatamente e dovendo la motivazione essere coerente e logica.

E' infatti indubbio che, come innanzi precisato, la revoca della procedura di gara non richieda una motivazione pregnante laddove si sia in presenza di un'aggiudicazione provvisoria, non essendovi un affidamento forte da tutelare, ma è pur sempre vero che la motivazione, seppure sintetica, debba essere coerente con gli atti pregressi e logica e che possa essere sindacata laddove manifestamente illogica e *contra legem*.

Ed invero l'internalizzazione del servizio, non potendo che essere parziale, si pone all'evidenza in contrasto, oltre che con la richiamata normativa, con le ragioni che avevano portato all'indizione della procedura di gara, nonché con quanto evidenziato dallo stesso C.S.A. nel verbale del 9.11.2016, richiamato da parte ricorrente.

9.5. Per contro più coerente con le esigenze di risparmio di spesa richiamate dalla GISEC e con l'internalizzazione (parziale) del servizio poteva porsi il richiamo all'art. 21 seconda parte del C.S.A. e all'art. 10.8 del disciplinare (pure richiamato) ma solo nella parte in cui si prevede la possibilità di revoca parziale della procedura di gara, per circostanze (sopravvenute) che rechino pregiudizio agli interessi generali della società, ovvero il richiamo all'art. 3 comma 4 del medesimo

capitolato laddove prevede che “Nel periodo di vigenza del contratto, la Società si riserva la facoltà di non ordinare alcuna prestazione, oppure di richiedere l’esecuzione di un quantitativo inferiore di prestazioni rispetto a quelle oggetto dell’appalto. In tal caso, sarà corrisposto all’appaltatore soltanto il prezzo delle prestazioni effettivamente richieste”.

Solo la revoca parziale poteva pertanto essere legittima e conforme con le richiamate esigenze di risparmio di spesa, avuto tra l’altro riguardo alla richiamata giurisprudenza secondo la ordinariamente è la scelta di esternalizzare un servizio, in quanto costituente un’eccezione all’esecuzione “in house” - ovvero con personale e mezzi dell’Amministrazione erogante - che va adeguatamente motivata, dovendosene dimostrare la coerenza con i principi di economicità ed effettività dell’azione amministrativa (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 03585/2016).

Ed infatti, come evidenziato dalla resistente, l’internalizzazione del servizio di vigilanza passiva, oltre ad essere rispondente alle esigenze di risparmio di spesa, appare legittima, avuto riguardo alla liberalizzazione della stessa e alle previsioni dell’art. 15 del vigente CCNL per i dipendenti di imprese e società esercenti servizi ambientali, stipulato in data 21.03.2012 ed applicato dall’odierna resistente, che con riferimento ai lavoratori rientranti nell’Area Officine e Servizi Generali, 3° livello professionale, nell’ambito dei profili esemplificativi della relativa declaratoria funzionale, opera espresso riferimento a “guardia giurata/sorvegliante, che assicura la protezione e la salvaguardia dei beni aziendali, utilizzando appositi sistemi di sicurezza. Controlla l’accesso di persone, merci e mezzi ai luoghi aziendali, verificando l’idoneità della documentazione di accesso e registrando le entrate e le uscite su appositi supporti anche di tipo informatico. Effettua ispezioni nel perimetro aziendale secondo le indicazioni ricevute, attivando gli appositi sistemi di salvaguardia e di allarme”.

9.6. Il primo motivo di ricorso è quindi parzialmente fondato, nel senso innanzi indicato.

10. Stante il parziale accoglimento del primo motivo di ricorso – alla luce del rilievo della possibilità di revoca parziale della procedura di gara – possono esaminarsi gli ulteriori due motivi di ricorso, formulati in via subordinata da parte ricorrente.

10.1. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta innanzi tutto il difetto di motivazione del provvedimento di revoca.

Anche tale difetto di motivazione invero, come innanzi accennato, si riscontra solo nella parte in cui la GISEC ha inteso fondare la revoca (totale) della procedura di gara sulla internalizzazione (invero parziale) del servizio, ben potendo per contro la GISEC non procedere all’aggiudicazione per il complesso dei servizi posti a base della procedura di gara, in coerenza con le esigenze di risparmio di spesa, assicurate dalla suddetta internalizzazione, e con il richiamato disposto dell’art. 21 seconda parte C.S.A. e all’art. 10.8 del disciplinare di gara, nel senso dianzi precisato.

10.2. Insussistente per contro è la violazione del disposto dell’art. 7 l. 241/90, avuto riguardo alla circostanza che nell’ipotesi di specie a seguito della sentenza di questa Sezione 4804/2016 e della valutazione di anomalia dell’offerta della Lavoro & Giustizia, la ricorrente si trovava nella posizione di aggiudicataria provvisoria, essendo anche la sua offerta sottoposta a valutazione dell’anomalia.

Pertanto il carattere meramente interinale dell’aggiudicazione provvisoria giustifica la non applicabilità delle garanzie partecipative tipiche del potere di autotutela di cui alla legge n. 241 del 1990 quali la comunicazione di avvio del procedimento, come da condivisibile indirizzo giurisprudenziale (ex multis in tal senso Consiglio di Stato Sez. III, 27 novembre 2014, n. 5877, 24

maggio 2013, n. 2838, 11 luglio 2012, n. 4116; Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266, 28 dicembre 2011, n. 6951, 20 aprile 2012, n. 2338; Sezione V, sentenza del 31.08.2016, n. 3746).

11. Infondato è parimenti il terzo motivo di ricorso, nella parte in cui si lamenta la violazione del giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione n. 04804/2016 in primo luogo in quanto su detta sentenza non si è formato ancora il giudicato, essendo pendente appello, ed in secondo luogo in quanto con la medesima ci si era limitati a dichiarare illegittima l'aggiudicazione in favore della Lavoro & Giustizia, per difetto di motivazione relativamente all'atto conclusivo della procedura di valutazione di anomalia dell'offerta cui la stessa era stata sottoposta, come può evincersi dalla parte conclusiva di tale sentenza, laddove si affermava che "Allo stato, la fondatezza delle censure sul giudizio di anomalia non può comportare anche l'accoglimento delle restanti domande con le quali il raggruppamento ricorrente ha richiesto la declaratoria della inefficacia del contratto stipulato ed il subentro nello stesso ovvero, in via subordinata, la condanna al risarcimento del danno per equivalente monetario, in quanto residua il potere discrezionale dell'amministrazione circa la verifica di congruità dell'offerta sia dell'originaria aggiudicataria, da effettuarsi in base alle coordinate sopra delineate, che del RTI ricorrente, oltre che, eventualmente, sul possesso dei requisiti in capo a quest'ultimo (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2860; sez. I, 16 gennaio 2013, n. 337; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 1 marzo 2013, n. 558; Consiglio di Stato, sez. III, 28 maggio 2012, n. 3134).

Anche a seguito della valutazione di anomalia dell'offerta della Lavoro & Giustizia invero il R.T.I. ricorrente si è trovato nella posizione di aggiudicataria provvisoria, soggetta anch'essa al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (procedimento interrotto a seguito della revoca della procedura di gara), per cui la GISEC ben poteva esercitare la potestà di revoca parziale, nel senso dianzi precisato, senza incorrere in alcuna violazione di giudicato.

12. In considerazione di tali rilievi il ricorso va accolto e vanno annullati, nel senso dianzi precisato, la Deliberazione del C.d.A. della Gisec s.p.a., contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" Prot. n. COM/INT/468, del 19.1.2017, avente ad oggetto "Procedura aperta per il servizio di vigilanza per i siti ed impianti in gestione alla Gisec s.p.a.. Provvedimenti conseguenti alla sentenza T.A.R. Campania n. 4804/2016 sez. V. Delibera di revoca della determina a contrarre n. 674 del 5.03.2015", con la quale si è deciso "di revocare la suddetta determina a contrarre n. 674 del 05/03/2015 e il Verbale di gara n. 14 del 12.01.2017, limitatamente alla parte in cui la Commissione ha deciso di non concludere la verifica di anomalia dell'offerta del RTI Europolice/Over Security s.r.l., fermo restando che la GISEC dovrà valutare se non esercitare affatto il potere di revoca (ove ritenuto più conforme alle sue esigenze) ovvero procedere ad una revoca parziale della procedura di gara, nel senso dianzi indicato.

13. In ogni caso Stazione appaltante dovrà proseguire la gara, concludendo la verifica di anomalia dell'offerta anche del RTI ricorrente.

14. Sussistono eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla parziale fondatezza delle censure e alla particolarità della fattispecie per la compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie nei sensi dei cui in motivazione e per l'effetto annulla la Deliberazione del C.d.A. della Gisec s.p.a., contenuta nella "COMUNICAZIONE INTERNA" Prot. n. COM/INT/468, del

19.1.2017, avente ad oggetto “Procedura aperta per il servizio di vigilanza per i siti ed impianti in gestione alla Gisec s.p.a.. Provvedimenti conseguenti alla sentenza T.A.R. Campania n. 4804/2016 sez. V. Delibera di revoca della determina a contrarre n. 674 del 5.03.2015”, con la quale si è deciso “di revocare la suddetta determina a contrarre n. 674 del 05/03/2015 e il Verbale di gara n. 14 del 12.01.2017, nella parte in cui la Commissione ha deciso di non concludere la verifica di anomalia dell'offerta del RTI Europolice/Over Security s.r.l., nell'ambito della gara a “procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per i siti ed impianti in gestione alla Gisec s.p.a.”,

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere