

## Il rapporto tra ricorso principale e incidentale: diverse “letture nazionali” dei principi comunitari (come da ultimo precisati dalla Corte di Giustizia con decisione 5 aprile 2016, n. C-689/13)

di Nicola Creuso

Data di pubblicazione: 22-9-2016

In tema di contenzioso relativo alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, la sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 5 aprile 2016, n. C-689/13 (Puligienica c/Airgest s.p.a) comporta che sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale, di carattere escludente, devono essere esaminati, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura, dalla identità della fase procedimentale cui pertengono i vizi dedotti, nonché dall'ottenimento o meno di un "bene della vita" (quale la rinnovazione della gara). La Corte di Giustizia, infatti, ha affermato, senza distinzioni, né condizioni o riserve, il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale, sia quello incidentale; e ciò nonostante possa verificarsi il caso nel quale né il ricorrente principale, né il ricorrente incidentale, riescano ad ottenere una concreta utilità della pronuncia a loro favorevole, in quanto il beneficiario di siffatta doppia decisione di accoglimento risulti un altro concorrente (il più delle volte, il terzo classificato), magari neppure parte del giudizio; lo scorrimento della graduatoria, peraltro, è solamente una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, visto che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura. (1)

(1) *In senso parzialmente difforme Consiglio di Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708.*

### Guida alla lettura

La sentenza sopra citata, che affronta una pluralità di questioni, è di particolare interesse laddove si occupa del **rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale che rivestano natura c.d. escludente**, nel contenzioso in materia di appalti.

1. Secondo la sistemazione cui era giunta sul tema la giurisprudenza nazionale, compendiata nelle decisioni n. 4/2011 e soprattutto n. 9/2014 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il ricorso incidentale escludente ha priorità logico-giuridica rispetto all'esame del ricorso principale, ponendo esso la questione della legittimazione al ricorso del ricorrente principale; per l'effetto, l'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale conduce alla declaratoria

di inammissibilità del ricorso principale (sul presupposto che la legittima partecipazione alla gara costituisce il fattore legittimante alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione).

È opportuno aggiungere che, secondo la sistemazione prevalente da ultimo raggiunta dalla Giustizia amministrativa, il ricorso principale doveva essere comunque esaminato nel solo caso di c.d. gara a due (con due soli concorrenti ammessi alla gara), ed a condizione che il vizio escludente attenesse alla medesima fase del procedimento selettivo.

**1.1** Si configurava, così, una certa limitazione del diritto di azione del ricorrente principale, per il tramite, da un lato, di un ruolo decisivo attribuito alla legittimazione ad agire (insussistente in capo al ricorrente principale dichiarato escluso per effetto della riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale) e, dall'altro, di una valutazione piuttosto restrittiva dell'interesse ad agire (l'interesse al ricorso principale aveva consistenza ritenuta sufficiente nel solo caso in cui dal suo accoglimento, unito all'accoglimento del ricorso incidentale, derivasse con certezza il travolgimento dell'intera gara, in quanto rimasta "deserta", e quindi ne derivasse -con elevata probabilità- la riedizione della gara stessa e, così, una nuova possibilità di aggiudicazione).

Quelli racchiusi nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria erano gli esiti, quindi, di un percorso giurisprudenziale comprensibilmente articolato e laborioso, vista la complessità del tema e la sua notevole incidenza su principi di alta rilevanza (ad esempio, il diritto di azione), nonché sugli esiti concreti del giudizio e, quindi, delle procedure di gara. Tema ulteriormente complicato anche dai principi di fonte comunitaria: non vi è bisogno di ricordare che sulla questione era già intervenuta la sentenza *Fastweb* della Corte di Giustizia (4 luglio 2013, C-100/12), la quale, tuttavia, non è stata sufficiente a sopire i dubbi sul tema, il quale è stato di nuovo sottoposto al giudizio della Corte medesima, che ha modificato -o forse semplicemente chiarito- il proprio precedente orientamento.

**1.2** La ricostruzione raggiunta in sede nazionale (che pure intendeva già tradurre nell'ordinamento interno i principi espressi dalla Corte di Giustizia, nella sentenza *Fastweb* del 2013) è stata però ritenuta nuovamente contraria al diritto comunitario dalla più recente sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 5 aprile 2016, n. C-689/13 (*Puligienica c/Airgest S.p.A.*), la quale ha affermato il principio secondo cui ***"l'art. 1 paragrafi 1 comma 3, e 3 della direttiva del Consiglio C.E.E. del 21 dicembre 1989 n. 665... come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, va interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente"***.

**2.** La sentenza del TAR Veneto in commento si è dichiaratamente posta l'obiettivo di rettammente interpretare questa (ultima) decisione della Corte di Giustizia e di darne corretta applicazione in concreto, in riferimento proprio all'ipotesi più problematica (quella nella quale dall'accoglimento incrociato dei due ricorsi escludenti non deriva necessariamente il

travolgimento dell'intera gara, residuando in gara almeno un altro concorrente, al quale il contratto può dunque essere aggiudicato mediante lo scorrimento della graduatoria).

**2.1** Anche la più recente sentenza della Corte di Giustizia si presta a più letture ed il TAR ne propone una particolarmente attenta, per così dire, al “tenore testuale” della sentenza, secondo la quale, a ben vedere, la regola del necessario esame di entrambi i ricorsi escludenti non subisce e non necessita di alcuna eccezione; nemmeno (qui il punto di particolare interesse) nel caso in cui, per effetto dell'accoglimento di entrambi i ricorsi incrociati, i ricorrenti finiscano per non ottenere alcuna di quelle che, secondo l'impostazione finora seguita, erano considerate utilità sufficientemente consistenti per concretare l'interesse ad agire, ed in particolare nemmeno quella relativa certezza (o elevata probabilità) di ottenere almeno l'utilità c.d. strumentale del rifacimento della gara, conseguente ad una gara risultata deserta.

**2.2** La lettura della sentenza della Corte di Giustizia prescelta dal TAR Veneto trova fondamento non solo in ragioni “testuali” (riconosciute anche dalla sentenza -sulla quale si ritornerà oltre- del Consiglio di Stato, sez. III, 26.8.2016 n. 3708), ma anche sulla scorta di una precisazione finale, che pare senz'altro investire proprio il profilo dell'interesse ad agire e che appare di particolare rilevanza. Ivi il TAR Veneto, premettendo e ribadendo di essere “*ben consapevole di come l'accoglimento di ambedue i ricorsi conduca ad affermare che né le ricorrenti principali né l'aggiudicataria-ricorrente incidentale abbiano titolo ad eseguire il servizio, sicché il complesso delle pronunce adottate potrebbe favorire un terzo che non ha fatto ricorso, vale a dire il soggetto terzo classificato nella graduatoria emendata da errori*”, osserva che “**lo scorrimento della graduatoria, peraltro, è solamente una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, visto che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura**”.

Concludendo, secondo il TAR Veneto la sentenza della Corte di Giustizia stabilisce senza eccezioni il principio dell'esame di entrambi i ricorsi escludenti, e può essere come tale recepita nell'ordinamento nazionale, anche perché, a ben vedere, vi è sempre (persino nelle ipotesi in cui residuino in gara una o più offerte) un qualche interesse in capo ai ricorrenti (consistente comunque nella possibilità, pur labile, della riedizione della gara); nella ricostruzione offerta dal TAR, in sostanza, la sentenza della Corte di Giustizia imporrebbe di considerare sufficiente un interesse ad agire molto meno “intenso”, ma, comunque, non già di annullare del tutto il rilievo dell'interesse ad agire, o di riconsiderare in termini meramente “oggettivi” la giurisdizione del G.a. in tema di appalti (del resto, anche la sentenza della Corte di Giustizia svolge dei riferimenti all'interesse delle parti alla decisione).

**3.** Due soli giorni dopo la pubblicazione della sentenza del TAR veniva depositata la già citata decisione del Consiglio di Stato n. 3708/2016, che ha del pari interpretato la sentenza della Corte di Giustizia, con esiti parzialmente difformi, ma comunque per molti versi consonanti, e con motivazioni (oltre che altrettanto pregevoli) che si prestano ad una lettura “integrata” con quelle addotte dal TAR. Infatti, mentre la sentenza del Consiglio di Stato - dando preliminarmente atto che il diritto europeo ha espresso un principio privo di esplicite eccezioni e che, comunque, impone di rivedere significativamente la sistemazione precedente - si occupa prevalentemente di stabilire quale rilevanza abbia sul tema l'interesse ad agire (così

individuando delle ipotesi, seppure più limitate rispetto al passato, nelle quali quella regola non troverebbe applicazione), la sentenza del TAR, diversamente, si sofferma più sulla lettura “testuale” della sentenza della Corte e dedica meno spazio all’interesse ad agire, ritenendo (così pare a chi scrive) che, nello specifico contenzioso sulle gare d’appalto, il diritto nazionale possa e/o debba “accontentarsi” di un interesse anche molto labile (ma, comunque, esistente). Il confronto con la coeva sentenza del Consiglio di Stato appare dunque utile alla migliore comprensione del tema affrontato dal TAR Veneto.

**3.1** Secondo la decisione del Consiglio di Stato è necessario un interesse ad agire di maggiore intensità (per vero forse non molto maggiore), e, in particolare, una più consistente probabilità che l’intera gara risulti travolta e che, quindi, la procedura venga nuovamente bandita. Ancor più precisamente, la decisione del Consiglio di Stato sembra individuare come interesse ad agire “minimo” quello connesso all’ipotesi in cui i motivi di esclusione, accertati in giudizio, possano essere riscontrati dalla Stazione appaltante - in sede di autotutela e di “estensione” della portata soggettiva del giudicato - anche in capo agli altri concorrenti, rimasti in gara ed estranei al giudizio. In tal modo, sembra riaffermarsi la necessità che il rifacimento della gara (il bene della vita strumentale) debba comunque conseguire all’esclusione di tutti i concorrenti (è chiaro che in tal caso è molto più probabile che la gara venga espletata di nuovo, rispetto al caso in cui si possa procedere allo scorrimento). Si deve, peraltro, notare che la decisione del Consiglio di Stato non pretende che, nel giudizio che oppone ricorrente principale e incidentale, venga accertato se anche gli altri concorrenti, di regola estranei al giudizio, siano colpiti da alcuna delle cause di esclusione accertate in giudizio (diversamente, del resto, si porrebbero numerosi e seri problemi processuali): il tutto (e l’eventuale esito di “gara deserta”) resta demandato alle valutazioni della Stazione appaltante successive al giudicato. Inoltre, è da notare che la ricostruzione in parola sembra presupporre la qualificazione come dovere della Stazione appaltante quello di verificare se anche gli altri concorrenti siano colpiti da uno dei vizi accertati in giudizio e, nel caso, di escluderli. Si deve avvertire, infine, che la decisione del Consiglio di Stato non sembra avere voluto indicare in modo “tassativo ed esaustivo” le residue ipotesi nelle quali il ricorso incidentale “neutralizza” ancora il ricorso incidentale: essa ha inteso riaffermare, ed anzi valorizzare più che nel recente passato, la necessità dell’interesse ad agire almeno strumentale (cioè quello alla riedizione della gara) quale condizione dell’azione, e sembra voler continuare a ricollegare tale interesse strumentale alla eventualità che la gara risulti comunque (anche solo in via amministrativa) deserta; ma non esclude espressamente che possa “bastare” (come sembra ritenere il TAR Veneto) la mera possibilità – peraltro incrementata in misura non indifferente dall’esclusione reciproca delle offerte migliori - che la Stazione appaltante proceda comunque (pur potendo scorrere la graduatoria esistente) a svolgere una nuova gara.

**4.** A parere di chi scrive, considerato tutto ciò, la posizione espressa dal TAR Veneto appare innanzitutto più “vicina” a quella del Consiglio di Stato di quanto potrebbe sembrare: entrambe affermano che la sentenza della Corte di Giustizia è incompatibile con la sistemazione del tema cui era giunta la giurisprudenza nazionale, e che essa impone una sostanziale revisione dell’interesse strumentale “minimo” che legittima l’esame del ricorso principale. Esse si differenziano, sembra, in una valutazione eminentemente opinabile, almeno nella fase di “prima applicazione” della sentenza della Corte di Giustizia, e cioè nel valutare quale sia la consistenza minima che tale interesse ad agire può rivestire: per il TAR Veneto è sufficiente

anche solo l'incremento delle possibilità che il bene della vita (la riedizione della gara) venga conseguito, derivante dell'esclusione dei ricorrenti principale e incidentale (anche nel caso in cui residuino concorrenti in gara); secondo il Consiglio di Stato, invece, sembra necessario almeno che si prospetti la ragionevole possibilità della esclusione di tutti i concorrenti, seppure eventuale e demandata alle successive verifiche della Stazione appaltante, volte a valutare se i restanti concorrenti siano anch'essi colpiti dalle cause di esclusione accertate in giudizio. E proprio su questo punto pare che la soluzione prospettata dal TAR, per altro motivata e lineare, possa trovare integrazione nelle argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato, che ha dedicato particolare attenzione al profilo dell'interesse ad agire.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto  
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 301 del 2016, proposto dalle società

PSS VIGILANZA S.r.l. ed ITALPOL GROUP S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, sig.-OMISSIS-, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Giuman e Francesco Balasso e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Venezia, Santa Croce, n. 466/G

contro

Autorità Portuale di Venezia, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia e domiciliata

presso gli Uffici di questa, in Venezia, San Marco, n. 63

nei confronti di

CIVIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig.ra Cesarina Giani, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con l'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l., la CDS S.r.l., la RANGERS S.r.l. e la Sicuritalia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Adriano Cavina e Domenico Gentile e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Franco, in Venezia, S. Marco, n. 3856

Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Gaetano Castellano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vittorio Domenichelli, Alessandro Righini e Franco Zambelli e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Venezia – Mestre, via Cavallotti, n. 22

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- del provvedimento di cui alla nota dell'Autorità Portuale di Venezia prot. n. 1429 del 25 gennaio 2016, con il quale la citata Autorità Portuale ha definitivamente aggiudicato al R.T.I. costituito dalla CIVIS S.p.A., dall'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l., dalla CDS S.r.l., dalla RANGERS S.r.l. e da Sicuritalia S.p.A. la procedura aperta per l'affidamento dei servizi di vigilanza e security nelle aree portuali di Venezia e Porto Marghera, indetta con bando del 29 aprile 2015;

- di tutti i verbali delle sedute di gara, svoltesi nelle date del 16, 23 e 29 giugno 2015, 2 luglio 2015, 2 e 11 settembre 2015 e 3 dicembre 2015;

- della nota dell'Autorità Portuale di Venezia prot. n. 13657 dell'11 settembre 2015, recante rigetto del cd. preavviso di ricorso inoltrato dalla PSS VIGILANZA S.r.l.;

- del bando, del disciplinare e di tutti i rispettivi allegati, ove interpretati nel senso di aver consentito (tramite il cd. soccorso istruttorio) la sanatoria postuma delle offerte risultate originariamente prive dell'indicazione degli oneri di sicurezza cd. da rischio specifico o aziendale;

- di ogni altro atto antecedente, susseguente e/o comunque connesso

nonché per la condanna

della P.A. al risarcimento del danno in forma specifica, con il conseguente subentro delle

ricorrenti nel contratto di appalto, laddove medio tempore stipulato

ovvero, in subordine, per la condanna

della P.A. al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso principale ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalle ricorrenti principali;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della CIVIS S.p.A., nonché dell'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l.;

Visti il controricorso e la documentazione dell'Autorità Portuale di Venezia;

Viste le memorie difensive depositate dalla CIVIS S.p.A., nonché dall'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l.;

Visti il ricorso incidentale e la documentazione della CIVIS S.p.A.;

Viste la memoria difensiva sul ricorso incidentale e la documentazione delle ricorrenti principali;

Vista l'ordinanza n. 168/16 del 7 aprile 2016, con cui è stata accolta l'istanza cautelare presentata dalle ricorrenti principali ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito;

Viste la memoria conclusiva, la replica e l'ulteriore documentazione delle ricorrenti principali;

Viste la memoria conclusiva e la replica dell'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l.;

Vista la memoria di replica della CIVIS S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. Codice privacy);

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 6 luglio 2016 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

## FATTO

Le odierne ricorrenti principali, PSS VIGILANZA S.r.l. ed ITALPOL GROUP S.p.A., espongono che con bando del 29 aprile 2015, pubblicato nella G.U.U.E. il 5 maggio 2015 e nella G.U.R.I. il 27 maggio 2015, l'Autorità Portuale di Venezia indiceva una procedura aperta, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi di vigilanza e "security" nelle aree portuali di Venezia e Porto Marghera.

Alla gara – il cui importo complessivo era di € 3.750.000,00 – partecipavano tre concorrenti, tra le quali le esponenti, quali componenti di un costituendo R.T.I. ("R.T.I. PSS").

Le esponenti lamentano che, nella seduta del 2 luglio 2015, la Commissione di gara si avvedeva del fatto che il "R.T.I. CIVIS" (formato da CIVIS S.p.A., Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l., CDS S.r.l., RANGERS S.r.l. e Sicuritalia S.p.A.) aveva ommesso di indicare nell'offerta i cd. oneri di sicurezza aziendali, in contrasto con la previsione dell'art. 10.2 (di pag. 24) del disciplinare di gara: ciononostante, nella seduta del 2 settembre 2015 la Commissione decideva di procedere all'utilizzo del cd. soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006, onde consentire al R.T.I. CIVIS di sanare la descritta omissione.

La PSS VIGILANZA S.r.l. inoltrava, pertanto, preavviso di ricorso ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163 cit., che, però, veniva riscontrato negativamente dall'Autorità Portuale di Venezia con nota prot. n. 13657 dell'11 settembre 2015.

Nel frattempo, avendo il R.T.I. CIVIS provveduto alla richiesta integrazione, veniva emessa in suo favore dall'Autorità Portuale dapprima l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, quindi (con nota prot. n. 1429 del 25 gennaio 2016) l'aggiudicazione definitiva.

Avverso l'ora visto provvedimento di aggiudicazione definitiva, i verbali di gara, la nota di rigetto del cd. preavviso di ricorso e gli altri atti indicati in epigrafe, sono insorte le esponenti, impugnando tali atti con il ricorso principale parimenti indicato in epigrafe e chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione.

A supporto del gravame, la PSS VIGILANZA S.r.l. e l'ITALPOL GROUP S.p.A. hanno dedotto – con un unico motivo – le doglianze di: violazione e falsa applicazione dell'art. 10.2 (di pag. 24) del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, e 26, comma 6, del d.lgs. n. 81/2008; violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

In estrema sintesi, le ricorrenti censurano la scelta della Commissione di gara di consentire al R.T.I. aggiudicatario, mediante il cd. soccorso istruttorio, l'esplicitazione postuma degli oneri di sicurezza cd. aziendali, non indicati in sede di offerta, sebbene l'art. 10.2 (di pag. 24) del disciplinare di gara avesse sanzionato con l'esclusione dalla gara una tale omissione; né in contrario si potrebbe opporre che i servizi appaltati rientrerebbero tra quelli elencati nell'Allegato II B al d.lgs. n. 163/2006 e che, perciò, ad essi non si applicherebbe la normativa



(art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 cit.) implicante l'obbligo, per le concorrenti nelle gare pubbliche, di indicare in sede di offerta gli oneri di sicurezza cd. aziendali, essendosi la P.A. autovincolata al riguardo con la previsione del menzionato art. 10.2 del disciplinare di gara.

Le ricorrenti hanno, altresì, proposto domanda di risarcimento del danno in forma specifica, tramite subentro nel contratto di appalto, eventualmente medio tempore stipulato, o, in via subordinata, per equivalente monetario.

Si è costituita in giudizio l'Autorità Portuale di Venezia, versando in atti un controricorso, nonché documentazione sui fatti di causa, e resistendo alle pretese attoree.

Si è costituita in giudizio, altresì, la CIVIS S.p.A., in proprio ed in veste di capogruppo mandataria del costituendo "R.T.I. CIVIS", depositando memoria difensiva e concludendo per la reiezione del ricorso, previo rigetto dell'istanza cautelare.

Si è costituito in giudizio, ancora, l'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l., depositando una memoria difensiva e resistendo alle domande attoree.

Con distinto atto, depositato in 31 marzo 2016, la CIVIS S.p.A. ha presentato ricorso incidentale, a mezzo del quale ha impugnato, chiedendone l'annullamento, i seguenti atti:

- tutti i verbali di gara, in particolare il verbale della seduta del 16 giugno 2015, nella parte in cui il costituendo "R.T.I. PSS" è stato ammesso alle successive fasi della gara;
- la graduatoria di gara, stilata nella seduta pubblica dell'11 settembre 2015 e poi confermata nella seduta del 3 dicembre 2015, nella parte in cui il costituendo R.T.I. PSS è stato collocato al secondo posto;
- il provvedimento di approvazione della graduatoria;
- il provvedimento di aggiudicazione definitiva, di cui alla nota dell'Autorità Portuale prot. n. 1429 del 25 gennaio 2016, nella parte in cui approva le operazioni di gara e le conseguenti ammissione e collocazione al secondo posto della graduatoria del costituendo R.T.I. PSS;
- il bando ed il disciplinare di gara, ove interpretati nel senso di non consentire l'integrazione cd. a pagamento per il caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali.

A supporto del ricorso incidentale la società ha dedotto i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 8.2.c) del disciplinare di gara, violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e sviamento di potere, -OMISSIS-
- violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 10 del disciplinare di gara, nonché dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, violazione dei principi di segretezza dell'offerta economica e di par condicio tra i concorrenti, per avere le ricorrenti principali

inserito nella busta recante la documentazione amministrativa elementi dell'offerta economica attinenti alla stima dei costi della cd. sicurezza aziendale;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 37 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 275 del d.P.R. n. 207/2010 e del paragrafo 21 del bando di gara, in quanto, da una parte, il R.T.I. PSS avrebbe violato la normativa in tema di partecipazione alle gare pubbliche in forma di raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale, lì dove dispone che la mandataria debba possedere i requisiti in misura maggioritaria; dall'altra, il requisito di partecipazione di cui al paragrafo 21.4 del bando di gara sarebbe posseduto dalla sola impresa mandante ITALPOL GROUP S.p.A. e non da tutte le imprese aderenti al raggruppamento di tipo orizzontale;

- violazione del paragrafo 21 del bando di gara e dell'art. 8.3 del disciplinare, violazione degli artt. 39 del d.lgs. n. 163/2006, 8 e 134 del r.d. n. 773/1931, 257-bis e 257-ter del r.d. n. 635/1940, del d.m. n. 269/2010, eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta, violazione dell'art. 97 Cost. e del principio della par condicio, per non avere il R.T.I. PSS dimostrato il possesso della licenza prefettizia ex art. 134 del r.d. n. 773/1931 in corso di validità in capo all'impresa mandante ITALPOL GROUP S.p.A.;

- in subordine, nullità e/o annullabilità del disciplinare di gara (in specie, dell'art. 10) nella parte in cui impone, a pena di esclusione, l'indicazione degli oneri di sicurezza in sede di offerta, violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della l. n. 241/1990, eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e, in ulteriore subordine, nullità e/o annullabilità del disciplinare di gara (in particolare, degli artt. 3 e 10), ove interpretato nel senso di non consentire alla stazione appaltante il ricorso al cd. soccorso istruttorio rafforzato ex art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006 nel caso di omessa indicazione, in offerta, degli oneri di sicurezza, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che: a) l'appalto per cui è causa sarebbe procedura non disciplinata in via diretta del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente illegittimità delle clausole della legge di gara che prevedano l'esclusione dalla gara per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale (quale quella che imponeva l'indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza cd. aziendali); b) in ogni caso nella fattispecie all'esame troverebbe applicazione il cd. soccorso istruttorio rafforzato di cui all'art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006.

Le ricorrenti principali hanno replicato con memoria al ricorso incidentale, ribattendo ai motivi con esso dedotti e concludendo per la sua infondatezza.

Nella Camera di consiglio del 6 aprile 2016 il Collegio, ritenuto opportuno l'approfondimento delle questioni dedotte con il ricorso principale e con quello incidentale nella sede propria dell'udienza di merito, con ordinanza n. 168/16 ha accolto l'istanza cautelare formulata con il ricorso principale, ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito al 6 luglio 2016.

Nell'imminenza dell'udienza pubblica, sia le ricorrenti principali, sia l'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l. hanno depositato memoria finale e memoria di replica, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

La CIVIS S.p.a., dal canto suo, ha depositato memoria di replica, insistendo per

l'accoglimento del ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente occorre soffermarsi sulla questione relativa all'ordine di decisione delle questioni, considerata la presentazione, da parte della controinteressata CIVIS S.p.A., di un ricorso incidentale che (a parte le doglianze avanzate in subordine) ha natura escludente, essendo diretto a contestare la legittimazione delle ricorrenti principali, tramite la censura della loro ammissione alla procedura di gara (v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 maggio 2016, n. 6271).

Invero, secondo un diffuso indirizzo giurisprudenziale, affermatosi con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011 e ribadito in epoca più recente dall'Adunanza Plenaria con decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, il ricorso incidentale escludente ha priorità logico-giuridica rispetto all'esame del ricorso principale, ponendo esso la questione della legittimazione al ricorso del ricorrente principale. Per l'effetto, ove il medesimo ricorso incidentale risulti fondato, il suo accoglimento condurrà alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva: ciò, atteso che, per questa impostazione, la partecipazione legittima alla gara del concorrente non vincitore rappresenta fattore legittimante alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437).

È, tuttavia, noto che detta impostazione è stata ritenuta contraria al diritto comunitario dalla recente sentenza della Corte di giustizia U.E. del 5 aprile 2016, n. C-689/13 (Puligienica c/Airgest S.p.A.), la quale ha affermato il principio secondo cui "l'art. 1 paragrafi 1 comma 3, e 3 della direttiva del Consiglio C.E.E. del 21 dicembre 1989 n. 665 .... come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, va interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente": ciò, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura.

L'ora vista pronuncia della Corte di Giustizia comporta, dunque, che sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale debbano essere esaminati.

Da un lato, infatti, non sono condivisibili letture restrittive della suddetta pronuncia, tese a limitarne l'applicazione alla sola ipotesi in cui vengano in rilievo ricorsi contrapposti, con i quali

si deducano identici vizi relativi alla medesima fase (cd. simmetria invalidante). Dall'altro, non si può sostenere che la Corte di Giustizia avrebbe inteso rendere inammissibili i ricorsi incidentali tendenti alla mera esclusione del ricorrente principale (come nella vicenda de qua), restando ammissibili i soli ricorsi incidentali recanti domande rivolte all'ottenimento di un "bene della vita", quale potrebbe essere la rinnovazione della gara.

In realtà, la Corte di Giustizia ha affermato, senza distinzioni, né condizioni o riserve, il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale, sia quello incidentale, nonostante la singolarità della situazione che si verifica allorché entrambi risultino fondati ed i concorrenti siano più di due, atteso che, in tale ipotesi ed a parte il caso che conseguenza dell'accoglimento sia l'integrale caducazione della gara e la sua integrale rinnovazione, l'accoglimento di ambedue i ricorsi implicherebbe, quale normale risultato, che né il ricorrente principale, né il ricorrente incidentale riescano ad ottenere una concreta utilità della pronuncia a loro favorevole, e che il beneficiario di siffatta doppia decisione di accoglimento sia un altro concorrente (il più delle volte, il terzo classificato), magari neppure parte del giudizio (non essendo un controinteressato in senso tecnico, ma semmai un cointeressato: cfr., al riguardo, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, n. 437/2016, cit.).

In conformità alla surriferita pronuncia della Corte di Giustizia U.E., occorre, quindi, procedere ora all'esame del ricorso principale: ricorso che è fondato e da accogliere, vista la fondatezza dell'unico motivo in cui esso è articolato.

In particolare, come rilevato dalla Commissione di gara nella seduta del 2 luglio 2015, l'offerta del costituendo "R.T.I. CIVIS" non conteneva all'interno della busta "C" (recante l'offerta economica) la dichiarazione di stima dei costi della sicurezza, prevista – a pena di esclusione dalla procedura di gara – dall'art. 10.2 del disciplinare.

Orbene, in adesione all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione del 20 marzo 2015, n. 3, questo Tribunale ha più volte sottolineato che nelle procedure di evidenza pubblica, l'indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza cd. aziendali rappresenta, sia nel settore dei lavori, che in quelli dei servizi e delle forniture, un adempimento imprescindibile, il cui scopo è quello di permettere alla stazione appaltante di poter verificare il rispetto delle norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione ad entità e caratteristiche dei lavori, servizi o forniture da affidare. Tale adempimento, perciò, si impone, a pena di esclusione dalla procedura, a prescindere dalla presenza di un'espressa disposizione del bando che deponga in tal senso, in quanto trattasi di un elemento essenziale dell'offerta ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 (cd. Codice dei contratti), la cui mancanza configura un'ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto della stessa offerta, insuscettibile di sanatoria tramite l'esercizio del potere di soccorso istruttorio di cui al comma 1 del predetto art. 46 (cfr., ex multis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 21 dicembre 2015, n. 1370; id., 9 novembre 2015, n. 1161).

Del resto, la giurisprudenza ha avuto modo di rimarcare il valore esclusivamente dichiarativo della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015 cit., avendo essa avuto soltanto efficacia ricognitiva di un onere/adempimento già esistente per legge (cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2015, n. 775).

In adesione a tale orientamento, deve perciò ritenersi che la mancata indicazione, da parte del R.T.I. aggiudicatario, degli oneri di sicurezza cd. aziendali nella propria offerta (richiesta dall'art. 10.2 del disciplinare di gara a pena di esclusione dalla stessa) avrebbe dovuto implicare l'esclusione di detto concorrente dall'appalto, e che illegittimamente, invece, la Commissione ha consentito al medesimo R.T.I. di sanare ex post detta omissione, mediante l'utilizzo del "soccorso istruttorio" ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

Invero, l'impossibilità per la P.A. di avvalersi del cd. soccorso istruttorio, pur nella sua versione per così dire rafforzata prevista dal comma 1-ter dell'art. 46, cit. (comma introdotto dall'art. 39, comma 2, del d.l. n. 90/114, conv. con l. n. 114/2014), emerge dal fatto che l'omessa indicazione, in sede di offerta, dei costi di sicurezza interni e/o aziendali determina un'incertezza assoluta sul contenuto di questa, per difetto di un suo elemento essenziale, non sanabile con il "soccorso istruttorio", giacché quest'ultimo è un istituto che non consente di integrare ex post un'offerta mancante di un elemento essenziale (v. T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 1161/2015, cit.). Nello stesso senso, del resto, depone anche la determinazione dell'A.N.A.C. n. 1 dell'8 gennaio 2015 – impropriamente invocata dall'Autorità Portuale di Venezia e dalle controinteressate a (preteso) sostegno delle loro eccezioni – poiché detta determinazione precisa come il soccorso istruttorio incontri il limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, a presidio della par condicio competitorum.

Non colgono nel segno le ulteriori eccezioni formulate al riguardo dalle controinteressate.

Anzitutto, non è decisivo il fatto che l'appalto de quo rientri tra quelli elencati nell'Allegato II B al d.lgs. n. 163/2006, ai quali – in base all'art. 20 del medesimo Codice dei contratti – non si applicano in via diretta le disposizioni che onerano i concorrenti ad indicare gli oneri della sicurezza aziendali (artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del Codice). Ciò, tenuto conto dell'autovincolo introdotto al riguardo dalla lex specialis di gara: come già sottolineato, infatti, l'art. 10.2 del disciplinare di gara ha espressamente imposto alle concorrenti, richiamando proprio l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 cit., la dichiarazione nell'offerta economica della stima dei costi relativi alla sicurezza, sanzionando l'omissione di detta dichiarazione con l'esclusione dalla gara.

Si ricorda, sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza consolidata, secondo cui le disposizioni del Codice dei contratti, approvato con d.lgs. n. 163/2006, possono applicarsi anche a fattispecie a cui non sono direttamente applicabili ex lege (per es. le concessioni di servizi), in conseguenza del richiamo alle stesse da parte della normativa di gara e, pertanto, in virtù di un autovincolo espresso dell'Amministrazione aggiudicatrice (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5915; id., 2 maggio 2013, n. 2385; id., 3 maggio 2012, n. 2552): ciò, a condizione che il suddetto richiamo sia puntuale, in osservanza della regola del "clare loqui", cui le Pubbliche Amministrazioni sono tenute nella predisposizione dei bandi di gara (C.d.S., Sez. V, n. 5915/2014, cit.). E tale condizione risulta senz'altro rispettata nella fattispecie ora all'esame, atteso il tenore inequivoco dell'art. 10.2 (di pag. 24) del disciplinare di gara, come sopra riportato.

A tal proposito, non colgono nel segno e vanno, perciò, respinte le censure formulate (in subordine) avverso il riferito art. 10.2 del disciplinare dalla CIVIS S.p.A. in sede di ricorso

incidentale: censure di cui, per ragioni di ordine logico, occorre a questo punto occuparsi.

Si è già detto, infatti, che l'indicazione degli oneri di sicurezza cd. specifici rappresenta un elemento essenziale dell'offerta, la cui carenza configura un'ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto della stessa: diversamente dalle tesi della ricorrente incidentale, quindi, la prescrizione della *lex specialis* di gara che ne imponga l'indicazione, a pena di esclusione, non ha un carattere meramente formale, né contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara ex art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006. Quest'ultima disposizione – che, in ogni caso, vale solo per le procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici (C.d.S., A.P., n. 9/2014, cit.) – prevede, infatti, che la stazione appaltante escluda i concorrenti qualora, tra l'altro, vi sia incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta; la mancata indicazione degli oneri di sicurezza cd. specifici rientra, dunque, tra i casi di esclusione previsti dall'art. 46, comma 1-bis, cit..

Non sono condivisibili nemmeno le peraltro acute argomentazioni dell'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l.. Invero, tale controinteressata eccepisce che alla gara in esame, riguardando questa l'affidamento di servizi di sicurezza di cui all'Allegato II B del Codice dei contratti pubblici, non è applicabile la regola ex artt. 86 e 87 del Codice stesso, da cui discende l'onere dell'indicazione, già in sede di offerta, degli oneri di sicurezza cd. aziendali; per una procedura di tal natura, quindi, deve ritenersi che l'esplicitazione degli oneri in parola possa avvenire direttamente nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo che la *lex specialis* di gara non richieda (come, appunto, nel caso di specie) la loro anticipata indicazione al tempo della presentazione dell'offerta: ciò starebbe, dunque, a significare che per le gare di questa categoria, ove l'indicazione degli oneri aziendali avvenga solo nella fase di accertamento della congruità dell'offerta, una simile indicazione successiva non può in alcun modo determinare una modifica o alterazione dell'offerta stessa, poiché il basilare principio di immutabilità delle offerte permea tutte le procedure di gara e, quindi, anche quelle relative ai cd. servizi esclusi.

In altre parole, sostiene l'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l. che, almeno per gli appalti di servizi di cui all'Allegato II B del d.lgs. n. 163 cit., l'indicazione degli oneri di sicurezza "specifici" non potrebbe reputarsi adempimento, la cui mancanza incide su un elemento essenziale dell'offerta, determinando assoluta incertezza sul contenuto di questa, poiché l'indicazione postuma di tali oneri (in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta) – essendo ammessa dalla legge – non comporterebbe, almeno per questo tipo di appalti, alcuna modifica del contenuto dell'offerta.

Ritiene, invece, il Collegio che gli oneri di sicurezza cd. aziendali (o specifici), per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, costituiscano elemento essenziale dell'offerta, pur dove la legge ne consenta eccezionalmente – tramite il mancato richiamo, per gli appalti di cui all'Allegato II B cit., agli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006 – l'indicazione in un momento successivo alla presentazione dell'offerta. Ad una simile conclusione il Collegio perviene in ragione delle argomentazioni poste a base della già citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015.

Ed invero, nella pronuncia in commento la Plenaria accede ad un'interpretazione sistematica

delle norme regolatrici della materia (cfr. art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81/2008; artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006) per quanto riguarda gli appalti di lavori, al fine di “evitare una soluzione ermeneutica irragionevole e incompatibile con le coordinate costituzionali”.

Nello specifico, talune delle argomentazioni di cui la Plenaria si serve, per supportare una soluzione ermeneutica che ponga rimedio alle succitate irragionevolezze ed illogicità, valgono, nel contempo, a confutare le suggestive tesi dell'Istituto di Vigilanza Privata Castellano S.r.l.; si fa riferimento, in particolare, alle seguenti argomentazioni dell'Adunanza Plenaria:

- a) la fase della valutazione dell'anomalia non è indefettibile, con il corollario che l'emersione in tale fase del calcolo degli oneri di sicurezza sarebbe solo eventuale;
- b) la negazione di un onere di indicazione di detti costi in sede di offerta è incoerente con la finalità della tutela della sicurezza del lavoro, avente carattere prioritario e fondamento costituzionale negli artt. 1, 2, 4 e specificamente 32, 35 e 41 Cost.;
- c) l'indicazione specifica dei costi di sicurezza cd. aziendali deve essere effettuata dal concorrente, che appare l'unico in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa ed operativa della singola impresa, laddove la stazione appaltante non ha conoscenza dell'organizzazione interna dei concorrenti;
- d) non imporre la specificazione dei costi di sicurezza cd. interni nell'offerta priverebbe il giudizio di anomalia delle preve indicazioni al riguardo da sottoporre a verifica, con il risultato di inficiare l'attendibilità dello stesso giudizio finale.

Da ultimo, a fronte dell'inequivoca previsione, nell'art. 10.2 del disciplinare di gara, della necessità per i candidati di indicare, a pena di esclusione, i costi di sicurezza aziendali nell'offerta economica, appare irrilevante che il modulo messo a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta non contemplasse alcuno spazio per l'indicazione di tali costi. Ciò, tenuto conto che, per quanto riguarda il modulo predisposto dalla stazione appaltante, l'utilizzo di esso non rappresenta di regola condizione di ammissibilità delle offerte (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 15 gennaio 2014, n. 7; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 7 febbraio 2012, n. 156). Invero, nelle gare pubbliche lo schema (modulo) di domanda allegato al bando non costituisce parte integrante della lex specialis di gara, costituendo invece uno strumento predisposto unilateralmente dalla P.A., a scopo esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara (T.A.R. Molise, Sez. I, 15 gennaio 2016, n. 17).

Non casualmente, del resto, le recenti rimessioni alla Corte di Giustizia U.E. della questione della compatibilità con i principi comunitari dell'esclusione della concorrente dalla gara, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza cd. aziendali, riguardano la ben diversa ipotesi in cui l'obbligo di siffatta indicazione non sia stato specificato né nel modello di compilazione per la presentazione delle offerte predisposto dalla stazione appaltante, né, soprattutto, nella stessa lex specialis di gara (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I ord. 24 febbraio, 2016, n. 990; T.A.R. Piemonte, Sez. II, ord. 16 settembre 2015, n. 1745).

Donde, in definitiva, la fondatezza del ricorso principale.

Può ora passarsi all'esame del ricorso incidentale che è del pari fondato nella parte in cui si presenta come ricorso cd. escludente.

In particolare, risultano fondati il primo ed il terzo motivo del ricorso incidentale, nei termini che di seguito si espongono.

Con il primo motivo, invero, la ricorrente incidentale lamenta che il legale rappresentante della PSS VIGILANZA S.r.l. -OMISSIS-) avrebbe dichiarato che nei propri confronti -OMISSIS-

Il motivo è fondato.

Invero, è fuor di dubbio che il -OMISSIS-.P. del -OMISSIS-

Gli elementi addotti dalle ricorrenti principali, tuttavia, non sono decisivi, poiché essi non valgono a dimostrare l'impossibilità, per -OMISSIS-

Basti considerare il fatto che il documento su cui le ricorrenti principali fondano le proprie repliche – e cioè -OMISSIS-Invece, -OMISSIS-". Non è, quindi, la diversa data di tali due documenti a fondare il diverso-OMISSIS-mentre avrebbe potuto e dovuto verificare-OMISSIS-

Parimenti fondato è, poi, il terzo motivo del ricorso incidentale, nella parte in cui reca la censura di violazione degli artt. 37 del d.lgs. n. 163/2006 e 275 del d.P.R. n. 207/2010, per non avere il "R.T.I. PSS", quale R.T.I. di tipo orizzontale, rispettato la regola di detta categoria di raggruppamenti, che impone che la mandataria possieda i requisiti di partecipazione, previsti dal bando di gara, in misura maggioritaria.

Ed invero, è incontestato che il R.T.I. PSS costituisse un raggruppamento temporaneo di imprese di tipo orizzontale (v. art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006; all. 6 al ricorso incidentale). Ad esso si applicava, pertanto, la regola dettata dall'art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, che per siffatta tipologia di raggruppamenti prescrive che la mandataria possieda i requisiti in misura maggioritaria (cfr., ex multis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 19 agosto 2014, n. 1172).

Nella fattispecie all'esame, tuttavia, è comprovato che il requisito di cui al parag. 21.6 del bando di gara (la dotazione minima di guardie particolari giurate alla data di presentazione dell'offerta) fosse posseduto in misura maggioritaria non dalla mandataria PSS VIGILANZA S.r.l., ma dalla mandante ITALPOL GROUP S.p.A.: infatti, nelle dichiarazioni aggiuntive allegate all'offerta (v. all.ti 7 e 8 al ricorso incidentale) la mandataria ha affermato di avere in organico n. 27 guardie particolari giurate, mentre la mandante ha affermato di averne n. 148.

In contrario, le ricorrenti principali obiettano che l'appalto per cui è causa – essendo ricompreso tra i servizi elencati nell'Allegato II B al d.lgs. n. 163/2006 – non sarebbe sottoposto alla disciplina dei raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale di cui al d.P.R. n. 207/2010: per detti appalti, infatti, l'art. 20 del Codice dei contratti prevede che



l'aggiudicazione sia disciplinata solo dagli artt. 65, 68 e 225 del Codice stesso, senza richiamare il regolamento di esecuzione/attuazione di cui al d.P.R. n. 207 cit.; né la lex specialis di gara recherebbe sul punto alcun autovincolo della stazione appaltante, richiamando essa solo l'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 ed il disciplinare di gara (che non contengono nessun riferimento ai criteri di suddivisione dei requisiti all'interno dei raggruppamenti temporanei di imprese negli appalti di servizi).

Al riguardo, però, ritiene il Collegio che per i raggruppamenti temporanei di imprese il richiamo, da parte della lex specialis di gara, all'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 (v. parag. 18 del bando) non possa che comprendere anche il richiamo alla disciplina del d.P.R. n. 207/2010 che dà attuazione al citato art. 37 e, quindi, anche all'art. 275 del medesimo d.P.R. n. 207. Né una simile conclusione potrebbe considerarsi contrastante con il principio del "clare loqui", vigente – come si è detto – in materia di autovincolo della P.A.: invero, il richiamo espresso, ad opera della legge di gara, alla disciplina del Codice sui raggruppamenti temporanei di impresa, non può che implicare l'applicazione anche della normativa regolamentare che, dando attuazione alla precedente, permette di rendere concretamente operativo il richiamo stesso (il quale, altrimenti, resterebbe una formula vuota).

Donde, in definitiva, la fondatezza anche del surriferito terzo motivo del ricorso incidentale, con il corollario che il suddetto ricorso incidentale va accolto, nei limiti della sua parte "escludente", con assorbimento delle ulteriori censure di tipo, appunto, "escludente".

Conclusivamente, sia il ricorso principale, che il ricorso incidentale (questo, soltanto nella sua parte "escludente") sono fondati, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione per il vizio poc'anzi accertato e con declaratoria di illegittimità dell'ammissione alla gara del "R.T.I. PSS".

L'ulteriore domanda formulata dalle ricorrenti principali (risarcimento dei danni in forma specifica, attraverso il subentro, o per equivalente) deve, invece, essere respinta, giacché il suo accoglimento presupporrebbe il positivo accertamento della spettanza del bene della vita; nella fattispecie risulta invece che il R.T.I. costituendo, di cui sono componenti le ricorrenti, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara: questa, ove si fosse svolta legittimamente, non sarebbe stata aggiudicata al ridetto R.T.I., in quanto esso sarebbe stato escluso.

In altri termini, poiché la riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale implica l'accertamento che la gara, ove si fosse svolta legittimamente, non sarebbe stata aggiudicata al "R.T.I. PSS", non si può disporre il subentro del succitato R.T.I., ma ci si deve limitare all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto disposta dall'Autorità Portuale di Venezia in favore del "R.T.I. CIVIS", con salvezza delle ulteriori determinazioni della medesima Autorità Portuale.

In ordine a quest'ultimo aspetto, il Collegio è ben consapevole di come l'accoglimento di ambedue i ricorsi conduca ad affermare che né le ricorrenti principali né l'aggiudicatario-ricorrente incidentale abbiano titolo ad eseguire il servizio, sicché il complesso delle pronunce adottate potrebbe favorire un terzo che non ha fatto ricorso, vale a dire il soggetto terzo classificato nella graduatoria emendata da errori; lo scorrimento della

graduatoria, peraltro, è solamente una delle opzioni di cui dispone la stazione appaltante a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, visto che essa potrebbe anche decidere una rinnovazione dell'intera procedura (v., per un caso analogo, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, n. 437/2016, cit.).

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese, in ragione della novità e complessità delle questioni trattate, nonché (per le parti private) della reciprocità della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto:

- annulla l'aggiudicazione definitiva della gara, respingendo, invece, la domanda di risarcimento dei danni in forma specifica (subentro) o per equivalente formulata dalle ricorrenti principali;
- dichiara l'illegittimità dell'ammissione alla gara del "R.T.I. PSS".

Compensa le spese.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 a tutela dei diritti e della dignità degli interessati, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche menzionate nella sentenza.

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

