

Centralizzazione della committenza pubblica e principio del favor participationis

di Domenico Gentile

Data di pubblicazione: 27-3-2017

Il requisito di fatturato costituisce una conseguenza della dimensione del lotto territoriale. Come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa. Una limitata partecipazione di operatori economici non risponde agli obiettivi della stessa centralizzazione della domanda pubblica attraverso convenzioni nazionali cui le amministrazioni sono tenute ad aderire, e cioè di risparmio di costi per queste ultime (come da ultimo ribadito dal più volte citato art. 9 d.l. n. 66 del 2014).

Non conforme: TAR Lazio, Roma, Sez. II, 27 settembre 2016, n. 9952

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8362 del 2016, proposto da: Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza Borghese, n. 3;

contro

Mondialpol Security s.p.a., in persona del in persona del presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Cataldi e Alessandra Testuzza, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Stazzema, n. 20;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Ministero dell'economia e finanze, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

IVRI Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a. unipersonale, in persona dell'amministratore

delegato e legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Gemmo s.p.a., IVRI servizi fiduciari s.r.l., IVRI tecnologia s.r.l., KSM service s.r.l., KSM s.p.a., Serfid s.c.p.a., Sicurcenter s.p.a., Sicutransport s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Enzo Robaldo e Pietro Ferraris, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Emilia, n. 88;

ad opponendum:

F.N.I.P. - Federazione nazionale imprese di pulizia, servizi e multiservizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Gramsci, n. 24;

Confcommercio – Imprese per l'Italia (Confederazione generale italiana delle imprese, delle attività professionali e del lavoro autonomo), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cristina Lenoci e Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Roma, via Gianturco, n. 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II, n. 9441/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni, indetta dalla Consip s.p.a.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Mondialpol Security s.p.a.;

Visti gli atti di intervento del Ministero dell'economia e finanze, di IVRI Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a. unipersonale, della F.N.I.P. - Federazione nazionale imprese di pulizia, servizi e multiservizi e della Confcommercio – Imprese per l'Italia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Guarino, Pistin, in dichiarata delega di Martelli, Cataldi, Vinti, Di Nitto, Lenoci e Guizzi per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha accolto il ricorso della Mondialpol Security s.p.a. ed ha annullato il bando (pubblicato il 15 ottobre 2015), il disciplinare ed il capitolato tecnico della gara a procedura aperta indetta dalla Consip s.p.a. per la stipula di convenzioni ai sensi degli artt. 26 della legge finanziaria per il 2000 (legge 23 dicembre 1999, n. 488) e 58 della legge finanziaria per il 2001 (legge 23 dicembre 2000, n. 388), di durata biennale, con facoltà di proroga per un anno, per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni, attraverso successivi ordinativi di fornitura quadriennali.

2. Il giudice di primo grado ha rilevato che la dimensione e il valore dei lotti geografici – di estensione ultraregionale (ad eccezione dei due lotti relativi al Comune di Roma Capitale), con importi a base d'asta compresi tra i 37,5 e i 46 mln di euro e la previsione, quale requisito di capacità economico-finanziaria, di un fatturato specifico nel biennio precedente pari al «valore annualizzato del massimale del lotto», pari alla metà del valore di ciascuno di questi, fossero irragionevolmente lesive del favor participationis a procedure di affidamento di contratti pubblici, declinabile anche come diritto alla partecipazione individuale di imprese di dimensioni medio-piccole quale la ricorrente.

In particolare il tribunale ha ritenuto che la dimensione dei lotti fosse tale da impedire «l'esplicitarsi di un piena apertura del mercato alla concorrenza» ed il conseguimento dei «i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte», aggiungendo che ciò aveva trovato conferma a posteriori nel fatto che per i tredici lotti in questione «vi è stata la presentazione di un esiguo numero di offerte (rispetto alla verosimile potenzialità del settore) »

3. Per la riforma della pronuncia di primo grado ha proposto appello la Consip, articolando otto motivi di gravame, così rubricati:

I. Violazione di principi in materia di partecipazione alle gare pubbliche, degli artt. 37 e 49 D. Lvo n. 163 del 2006, artt. 48 e 49 D. Lvo n. 50 del 2016 e delle corrispondenti disposizioni delle direttive 18/04 e 24/14. Errore nei presupposti. Travisamento della domanda;

II. Errore nei presupposti. Travisamento dei dati istruttori;

III. Violazione art. 112 cod. proc. civ. Mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Travisamento della domanda;

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 26 l. 488 del 1998, dell'art. 2, comma 1-bis del D. Lvo 163 del 2006 e dei principi in materia di gare Consip. Errore in ordine agli oneri motivazionali;

V. Violazione della direttiva 2014/24/UE. Violazione della discrezionalità della stazione appaltante. Violazione del sistema di centralizzazione delle gare pubbliche;

VI. Violazione della discrezionalità dell'amministrazione. Violazione della normativa in materia di centralizzazione delle gare pubbliche, dell'art. 9 D.L. 66 del 2014 e del DPCM 24 dicembre

15. *Violazione dell'istruttoria. Illogicità;*

VII. Violazione della discrezionalità dell'amministrazione. Illogicità (Valutazione parziale dell'istruttoria, limitate ai dati relativi alle offerte). Travisamento dei dati istruttori e della disciplina di gara. Errore manifesto. Errore nei presupposti. Illogicità ed incongruenza della motivazione della sentenza;

VIII. Violazione e travisamento del principio di massima partecipazione delle piccole e medie imprese. Contraddittorietà. Violazione della discrezionalità tecnica riservata alla stazione appaltante.

4. Resiste al gravame Mondial Security s.p.a., originaria ricorrente, che ne ha chiesto il rigetto.

5. Sono intervenuti nel presente giudizio d'appello ad adiuvandum della Consip e il Ministero dell'economia e finanze e l'IVRI Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a. unipersonale, partecipante a sei lotti della procedura di affidamento in contestazione.

Si oppongono invece all'appello le altre intervenienti: F.N.I.P. - Federazione nazionale imprese di pulizia, servizi e multiservizi e Confcommercio – Imprese per l'Italia.

Tutte le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

6. All'udienza pubblica del 2 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In linea preliminare la prima questione da esaminare è l'ammissibilità degli interventi ad opponendum della Federazione nazionale delle imprese di pulizia, servizi e multiservizi e della Confcommercio, contestati dalla IVRI per il fatto che le due organizzazioni di categoria «*non sono coinvolte nel settore economico della vigilanza*» (memoria conclusionale IVRI).

2. L'eccezione è infondata.

3. Per quanto riguarda la Confcommercio, può osservarsi che l'art. 2 dello statuto include tra gli «*ambiti di rappresentanza*» della federazione di categoria anche i «*servizi*», così che sarebbe stato onere della parte che eccepisce il difetto di legittimazione adesivo-dipendente dedurre e provare che, tra i servizi cui si riferisce lo statuto, non sono incluse le attività di vigilanza oggetto dell'appalto pubblico in contestazione. Sul punto deve aggiungersi che l'eccezione in esame si compendia tutta nel brano sopra riportato, cosicché l'onere di allegazione e prova non può ritenersi in alcun modo assolto nel caso di specie.

4. Analoghe considerazioni devono essere svolte per la Federazione nazionale delle imprese di pulizia, servizi e multiservizi.

E' sufficiente rilevare infatti che, mentre nel proprio atto di intervento essa ha premesso che i servizi oggetto dell'appalto indetto dalla Consip riguardano non solo la vigilanza attiva di

immobili (sorveglianza fissa, ispettiva ecc.), ma anche quella passiva, e cioè i servizi di portierato e accoglienza (così prospettando la sussistenza del proprio interesse ad intervenire nel presente giudizio, quale ente rappresentativo di «circa sessanta imprese del comparto servizi e multiservizi» ed in particolare di imprese che svolgono attività di portierato e accoglienza, e supportando poi tale affermazione con la rituale produzione di un elenco di imprese associate operanti nel settore), per contro l'IVRI si è invece limitata a contestare in modo generico questo titolo di legittimazione secondario.

5. Sempre in via preliminare deve poi essere esaminata l'ammissibilità del ricorso originario di Mondialpol Security, contestata sia dall'appellante Consip che dall'interveniente IVRI sull'assunto della sua mancata partecipazione alla procedura di gara, circostanza che priverebbe in radice Mondial della stessa legittimazione ad impugnare in sede giurisdizionale il relativo bando.

6. Anche tale eccezione è infondata (il che rende irrilevante la questione se l'interveniente IVRI sia legittimata a sollevarla, come contro eccepito dalla Mondialpol Security).

Infatti, col ricorso introduttivo del giudizio di primo grado la Mondialpol Security ha affermato di non potere partecipare alla gara a causa dell'elevato fatturato richiesto per ciascun lotto territoriale (da 18,75 a 23 milioni di euro), conseguente a sua volta dello loro sproporzionata dimensione.

Secondo tale prospettazione, alla cui stregua vanno apprezzate la legittimazione e l'interesse ad agire in giudizio, la fattispecie in esame rientra in una delle eccezionali e tassative ipotesi in cui la costante giurisprudenza svincola dalla domanda di partecipazione il titolo ad impugnare gli atti della procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9; III, 3 febbraio 2017, n. 474, 5 dicembre 2016, n. 5113, 10 giugno 2016, n. 2507; IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; V, 30 dicembre 2015, n. 5862; VI, 23 novembre 2016, n. 4923; in questo senso anche: Corte cost. 22 novembre 2016, n. 245), ed anzi onera l'operatore economico di proporre tempestivo ricorso contro il bando, perché immediatamente lesivo dei suoi interessi (per tutte: Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

7. In memoria di replica la Consip ha nondimeno contestato che le previsioni del bando precludessero la partecipazione di Mondialpol Security alla gara, in considerazione della possibilità per l'originaria ricorrente di concorrere alla procedura di affidamento quale componente di un raggruppamento temporaneo di imprese.

Senonché tale argomentazione non può essere condivisa, innanzitutto per le ragioni già messe in rilievo dal giudice di primo grado, e cioè per il rilievo che la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo non dipende dall'esclusiva volontà di quest'ultimo, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea; inoltre è del tutto coerente con la natura delle condizioni dell'azione, quali la legittimazione e l'interesse ad agire in giudizio, che la relativa verifica sia svolta con riferimento alla posizione individuale del singolo soggetto, titolare uti singulo del diritto d'azione in giudizio ex 24 della Costituzione.

8. Così esaurite le questioni preliminari, si può passare all'esame dei motivi d'appello.

La Consip premette al riguardo che:

- il fatturato richiesto per i lotti, in cui è suddivisa la procedura di gara in questione, pari ad un anno di convenzione, «oscilla da un massimo di 11,5 milioni di Euro ad un minimo di 9,37 milioni di Euro»;

- su questo aspetto è stata sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha reso parere positivo ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato);

- in ordine al medesimo profilo sono state consultate anche le associazioni di categoria e gli operatori economici del settore, tra cui la stessa Mondialpol Security, la quale ha manifestato la propria intenzione di partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo di imprese;

- la domanda generata da questa procedura di gara «riguarda una piccola parte del complessivo mercato italiano della vigilanza privata»: il 30% del mercato "pubblico", che a sua volta rappresenta il 22% del mercato complessivo, assorbito per il restante 72% dal settore privato;

- nella definizione dei lotti si deve tenere conto del "rischio di domanda", ovvero del rischio che la convenzione stipulata per ciascuno di essi all'esito della gara sia saturata da pochi ordinativi da parte di amministrazioni pubbliche di maggiori dimensioni e che dunque il «lotto diventi "mono-contratto"»;

- l'analisi di mercato svolta, consistita nell'estrazione dalla banca dati dell'Autorità nazionale anticorruzione delle gare per i servizi di vigilanza indette dal settore pubblico negli anni 2011-2013), ha fatto emergere che sono stati banditi «molteplici appalti di singole amministrazioni aventi valore rilevantissimo» (l'appellante ha poi riportato i valori più alti fatti registrare: 23,5 milioni di euro l'A.s.l. 2 di Olbia, 18 milioni di euro l'A.u.s.l. di Cagliari; 14 milioni di euro ciascuno dei tre lotti della Rai; 21 milioni di euro la Gesap, società di gestione dell'aeroporto di Palermo; 6,6 milioni di euro l'Azienda ospedaliera di Catania);

- i dati in questione testimoniano che, quanto al lotto 13 della procedura di gara in contestazione, riguardante la Regione Sicilia e la provincia di Reggio Calabria, nel quale opera la Mondialpol Security e il cui valore è di € 43.000.000 (€ 10.750.000 annuo), vi sono due o tre amministrazioni che, aderendo alla convenzione che la Consip, si aggiudicherebbe la gara, precludendo così l'utilizzo della convenzione da parte di altri soggetti pubblici;

- dal punto di vista dell'offerta dei servizi di vigilanza, una quota pari al 65% è detenuta da 24 imprese, sulle 1200 operanti nel settore, classificabili in base al fatturato come "grandi", di cui peraltro 12 classificabili come medie imprese (secondo la raccomandazione 2003/361/CE, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese), mentre il restante 25% «è presidiato da una molteplicità di medie e piccole imprese»;

- i requisiti previsti per la gara in contestazione hanno tenuto conto di tale composizione del mercato ed al fine di favorire una partecipazione la più ampia possibile sono state pertanto previste nel bando «regole fortemente incentivanti la partecipazione in forma aggregata», consistenti nell'assenza di percentuali minime di requisiti in capo alla mandataria e alle mandanti, nella possibilità di modificare questi ruoli all'interno del raggruppamento temporaneo e nella possibilità di partecipare sulla base di una richiesta di estensione geografica della licenza prefettizia ex art. 134 t.u.l.p.s. per servizi di vigilanza e custodia di proprietà mobiliari od immobiliari, richiesta ai fini della vigilanza attiva prevista per le convenzioni da aggiudicare all'esito della gara;

- l'integrazione tra vigilanza attiva e passiva prevista per le convenzioni da aggiudicare «si presta a favorire raggruppamenti verticali tra imprese specializzate nei diversi servizi integrati oggetto della gara» e il fatturato è stato ripartito tra queste due tipologie di attività (70% vigilanza attiva, 25% vigilanza passiva e 5% per installazione e manutenzione di impianti di sicurezza);

- alla gara indetta hanno partecipato in raggruppamento temporaneo di imprese «ben 124» operatori.

9. Quindi, la centrale di committenza nazionale appellante censura la pronuncia del Tribunale amministrativo, di cui nella parte "in fatto" si è sintetizzata la ratio *decidendi*, nei seguenti termini:

I) non esiste un diritto di partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici in forma individuale;

II) il mercato dei servizi di vigilanza non si connota per una contrapposizione tra grandi e piccole imprese in cui le prime avrebbero interesse ad escludere le seconde; non è poi dimostrato che, per partecipare alla procedura di affidamento in contestazione, queste ultime sarebbero state costrette a costituire un raggruppamento temporaneo formato da «un gran numero di membri»;

III) nello statuire che la dimensione dei lotti era irragionevole, perché tale da non realizzare un ambito di libera concorrenza, il Tribunale è incorso in ultrapetizione ex art. 112 cod. proc. civ., dal momento che nel proprio ricorso la Mondialpol Security aveva censurato tali dimensioni perché lesive del proprio diritto a partecipare alla gara in forma individuale;

IV) la partecipazione alla gara è stata adeguata e di ciò si ha «la prova nei fatti», con la presentazione di domande da parte di 124 imprese, delle quali 81 «sono imprese piccole e medie»: 24 di queste hanno fatturati inferiori a quello dell'originaria ricorrente (circa 4,7 milioni di euro annui); sarebbe quindi stato raggiunto l'obiettivo istituzionale della Consip di aggregare la domanda pubblica a livello centralizzato alle migliori condizioni di mercato;

V) il giudice di primo grado non ha tenuto conto che l'entità e l'oggetto del contratto e la suddivisione in lotti sono soggetti alle "libere determinazioni" e alle "autonome valutazioni" dell'amministrazione, come sancito dalla nuova direttiva europea sugli appalti pubblici

(2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014; in particolare il 78° considerando)

VI) lo stesso giudice si è sostituito all'amministrazione e non ha considerato che in base alla normativa di legge sulla centralizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione (art. 9, comma 3, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, recante "Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Deleghe al Governo per il completamento della revisione della struttura del bilancio dello Stato, per il riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, nonché per l'adozione di un testo unico in materia di contabilità di Stato e di tesoreria", convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, nonché il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in data 24 dicembre 2015, emanato in attuazione di tale disposizione di legge, di individuazione delle categorie merceologiche soggette a tale centralizzazione) la dimensione dei lotti deve potere soddisfare il fabbisogno delle amministrazioni vincolate dalla legge ad aderire alle convenzioni stipulate dalla Consip;

VII) è errato l'assunto del Tribunale amministrativo secondo cui i lotti in contestazione avrebbero dimensioni tali da consentire la partecipazione in forma individuale dei soli 24 operatori del settore di grandi dimensioni presenti nel mercato, come dimostra la circostanza che il più piccolo di questi operatori, Mondialpol Milano s.p.a., ha un fatturato annuo pari a circa il doppio di quello richiesto per i lotti medesimi;

VIII) è inoltre errata la premessa posta dal giudice di primo grado a base del proprio ragionamento, secondo cui i principi di massima concorrenzialità e favor participationis vigenti nella materia dei contratti pubblici coincidono con il «diritto di partecipare individualmente alle gare»: tale assunto nega le ragioni fondanti la centralizzazione della domanda pubblica e trascura gli istituti già previsti a favore delle imprese di più ridotte dimensioni, quali i raggruppamenti temporanei e l'avvalimento;

IX) il medesimo assunto condurrebbe a «conseguente aberranti», perché lascerebbe «nell'incertezza più assoluta le stazioni appaltanti» nell'individuare la soglia dimensionale ottimale del lotto;

X) a base di quest'ultima vi è stata nel caso di specie un'approfondita istruttoria, consistita nella consultazione preventiva degli operatori di mercato e nella disamina della banca dati nazionale dell'ANAC, attraverso l'estrazione di 1200 appalti pubblici svolti nel triennio precedente.

10. Così riassunte le censure formulate da Consip, deve innanzitutto essere respinta quella di ultrapetizione (motivo d'appello III).

L'appellante confonde infatti la prospettazione a base del ricorso con il contenuto delle censure di legittimità in esse formulate.

11. Come rilevato in precedenza, Mondialpol Security ha affermato (in particolare a pagg. 4 e 5 del ricorso) di non potere partecipare alla gara a causa dell'elevato fatturato richiesto per ciascun lotto territoriale: da 18,75 a 23 milioni di euro. In questo modo, la ricorrente ha così

assolto al suo onere di indicare le ragioni della propria legittimazione ad agire – anche in assenza di domanda di partecipazione alla gara - e del connesso interesse – immediato, ovvero discendente dalla clausola lesiva - ad impugnare il bando di gara.

Quindi, con l'unico motivo di ricorso successivamente articolato, la società ha dedotto che per effetto della dimensione dei lotti territoriali sarebbero violati i principi di concorrenza, buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità: a questo specifico riguardo, nel ricorso in esame la società ha specificato che la partecipazione ad una gara di rilevante interesse strategico per il suo valore complessivo (540 milioni di euro) sarebbe riservata «solo a pochissimi grandi operatori economici del settore», individuabili in quelli già detentori di posizioni consolidate di mercato (*incumbents*), e per contro preclusa alle «imprese di media e piccola dimensione» (pag. 9 del ricorso).

Con connessa censura di difetto di istruttoria l'originaria ricorrente ha lamentato un'istruttoria carente nella perimetrazione dei lotti funzionali, derivante dalla mancata considerazione della «struttura del mercato» di riferimento (pag. 10 del ricorso), ed ha sostenuto che la segmentazione fatta dalla Consip favorirebbe l'instaurazione di un mercato oligopolistico e di ridotta competitività, con detrimento dell'interesse della pubblica amministrazione ad ottenere servizi di sicurezza a costi ridotti, grazie all'aggregazione della domanda pubblica a livello centralizzato (pag. 11 del ricorso).

12. Così riassunto il contenuto dell'atto introduttivo del presente giudizio, il Tribunale amministrativo, ad avviso della Sezione, ha innanzitutto correttamente focalizzato il fulcro delle questioni controverse.

Come infatti correttamente specificato nella motivazione della sentenza, esse consistono «non tanto nel valutare la congruità del fatturato specifico richiesto» per ciascun lotto, quanto - in apice - nello stabilire «se la suddivisione dell'appalto, riguardante l'intero territorio nazionale, in 13 lotti abbia consentito di definire gli ambiti territoriali ottimali, vale a dire gli ambiti in cui la concorrenza, la cui tutela reca in sé la garanzia di un corretto funzionamento del mercato, possa esplicarsi più efficacemente con conseguente beneficio, oltre che per il mercato, in cui le imprese di settore possono confrontarsi pienamente e liberamente, per la stessa stazione appaltante».

Il requisito di fatturato costituisce infatti una conseguenza della dimensione del lotto territoriale.

13. Il giudice di primo grado ha poi ritenuto provata la restrizione della concorrenza lamentata dalla Mondialpol Security sulla base del dato di fatto consistito nella limitata partecipazione alla gara registratasi: «soltanto 24 imprese (18 secondo la puntuale ricostruzione operata dalla ricorrente), con esclusione delle altre numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato» (così nella sentenza appellata), aggiungendo che la suddivisione in «lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato» è lesivo del principio di massima concorrenzialità («favor participationis»), per via dell'irragionevole «limitazione della facoltà di presentazione individuale delle offerte».

14. Al medesimo riguardo, nel confutare le argomentazioni difensive dell'odierna appellante, il giudice di primo grado ha anche precisato che la possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo o di fare ricorso all'avvalimento «non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, in una lesione sia alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente sia alle finalità pubblicistiche a base della normativa in materia».

15. Dall'esame della motivazione della sentenza della cui impugnazione si tratta emerge dunque la piena corrispondenza tra le censure svolte nel ricorso introduttivo del presente giudizio e le ragioni per le quali esso è stato accolto in primo grado: il tribunale ha infatti ritenuto fondate le censure della Mondialpol Security, secondo cui la dimensione dei lotti territoriali fatta da Consip ha avuto l'effetto di restringere in modo eccessivo la partecipazione alla gare degli operatori del settore.

16. I citati passaggi motivazionali della sentenza in esame consentono peraltro di ritenere infondati anche i motivi d'appello I, XIII e IX, esaminabili congiuntamente, perché incentrati sul comune presupposto secondo cui il tribunale avrebbe affermato che gli operatori economici sono titolari di un diritto a partecipare in forma individuale a procedure di affidamento di contratti pubblici, azionabile in sede giurisdizionale amministrativa, e di cui le stazioni appaltanti devono necessariamente tenere conto nella fissazione dei requisiti di ammissione alla gara.

17. L'appellante centrale di committenza nazionale travisa in realtà le ragioni che il giudice di primo grado ha posto a fondamento dell'accoglimento del ricorso della Mondialpol Security.

Il giudicante non ha infatti affermato quanto la Consip assume nei motivi in esame, ma ha espresso il convincimento secondo cui anche gli istituti finalizzati alla massima partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, quali il raggruppamento temporaneo di imprese o l'avvalimento possono rivelarsi insufficienti, e determinare quindi l'illegittimità della normativa di gara, quando sia dimostrata – come ritenuto dal medesimo giudice nel caso di specie – l'eccessiva restrizione della platea di concorrenti, a tutto svantaggio delle «numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato».

La pronuncia di primo grado ha dunque posto in evidenza che un'irragionevole formazione della domanda pubblica, sotto il profilo dimensionale, può vanificare i principi di massima concorrenzialità che presiedono al diritto degli appalti pubblici.

In altri termini, nella descritta prospettiva, il giudice di prime cure si è mosso nei limiti del sindacato di legittimità rispetto a scelte della pubblica amministrazione espressive della sua posizione di autorità dotata di poteri di supremazia, a fronte dei quali il privato non vanta alcun diritto pieno ed incondizionato, ma un interesse legittimo alla sua corretta applicazione nel caso concreto, tenuto conto dei vincoli che la legge pone nell'esplicazione di tali poteri.

18. La notazione da ultimo svolta consente di introdurre l'esame del V motivo di appello.

Con esso la centrale di committenza, richiamando il 78° considerando della direttiva

2014/24/UE sugli appalti pubblici (non ancora recepita al momento della pubblicazione del bando di gara), sostiene che il favor participationis per la suddivisione dei contratti dell'amministrazione in lotti «trova il suo limite» nella facoltà di quest'ultima «di scegliere liberamente ed insindacabilmente, sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, come suddividere l'appalto», poiché si tratta «di scelte afferenti alla discrezionalità pura dell'azione amministrativa», e cioè di «scelte di merito».

19. E' di immediata evidenza che una tesi simile non può essere fondatamente sostenuta.

Come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. sul punto, con riguardo alla suddivisione in lotti: Cons. Stato, III, 23 gennaio 2017, n. 272), oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria.

Del resto, come evidenziato dalle intervenienti ad opponendum rispetto all'appello, a questa affermazione di principio contenuta nel 78° considerando fa da contraltare quella di cui all'ultimo periodo del considerando 59 della stessa direttiva 2014/24/UE, a tenore del quale «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

Tutto ciò precisato, quelli ora accennati sono appunto i criteri alla stregua dei quali il tribunale ha ritenuto illegittima la suddivisione in lotti fatta da Consip per la procedura di gara in contestazione, senza quindi alcuno sconfinamento in apprezzamenti di merito riservati alla centrale di committenza.

20. Si può allora passare ad esaminare tutti gli altri motivi d'appello, coi quali Consip critica il ragionamento che ha condotto il giudice di primo grado ad accogliere il ricorso di Mondialpol Security e ad affermare che i lotti geografici predisposti dalla prima violerebbero i più volte ricordati parametri di legittimità di ragionevolezza, proporzionalità e adeguata istruttoria.

21. I motivi sono infondati.

Come ha correttamente fatto il giudice di primo grado, al fine di verificare nel caso di specie il rispetto di tali canoni di azione non si può prescindere dall'inoppugnabile dato di fatto consistente nella ridotta partecipazione alla procedura di gara in contestazione.

Al riguardo, sebbene Consip adduca a sostegno dei propri assunti la circostanza che questa partecipazione ha riguardato ben 124 imprese, delle quali 81 di piccole e medie dimensioni, anche inferiori per fatturato a quello della Mondialpol Security, nondimeno, la stessa appellante non contesta quanto l'originaria ricorrente e le intervenienti ad opponendum hanno controdedotto sul punto, e cioè che gli operatori di minori dimensioni che hanno partecipato

alla gara «non sono altro che l'espressione territoriale proprio di quei 24 top players» indicati dalla Consip medesima come imprese di maggiori dimensioni nel mercato della vigilanza privata (così nell'atto di intervento della Confcommercio).

22. A questo riguardo va innanzitutto sottolineato che già nel giudizio di primo grado la Mondialpol Security aveva dedotto che nel lotto n. 13, relativo all'area geografica in cui essa opera, sono pervenute solo due offerte, di cui una dell'*incumbent* gruppo Ksm (oltre 100 milioni di fatturato nel biennio antecedente al bando di gara) e un'altra da parte di un raggruppamento di imprese medio-piccole siciliane (raggruppamento temporaneo con capogruppo la Ancr, avente un fatturato di oltre 6 milioni di euro annui).

La stessa ricorrente aveva poi dedotto che la struttura territoriale della gara in contestazione aveva favorito forme di aggregazione verticale da parte dei grandi gruppi del settore, come ricavabile dal fatto che raggruppamenti temporanei di imprese riconducibili al medesimo gruppo Ksm avevano partecipato anche ad altri lotti, ed in particolare ai nn. 2, 3, 4, 10 e 12.

La Mondialpol Security aveva anche dato una spiegazione di questo fenomeno, individuata nella combinazione della possibilità di partecipare alla gara per più lotti sulla base della richiesta di estensione territoriale della licenza prefettizia ex art. 134 t.u.l.p.s. per lo svolgimento dell'attività di vigilanza con la necessità in questo caso di cumulare i requisiti richiesti per tali lotti.

Sulla base di questi fattori la ricorrente aveva desunto l'effetto di «disincentivo» a costituire raggruppamenti temporanei, con conseguente rafforzamento delle posizioni di mercato dei grandi operatori (cfr. la memoria conclusionale di Mondialpol Security nel giudizio di primo grado).

23. La ricorrente aveva anche confutato in modo specifico le conclusioni cui Consip era giunta in forza delle analisi di mercato svolte prima della gara, sottolineando gli errori commessi da questa nell'individuare i 24 soggetti di maggiori dimensioni.

Sul punto, la Mondialpol Security aveva infatti evidenziato che: del gruppo Ksm fanno parte altri due di questi, e cioè I.V.R.I. e Sicutransport (gruppo Biks s.p.a., come specificato in appello da Confcommercio); Btv e Rangers sono riconducibili al gruppo Battistolli s.p.a.; analoga è la situazione di Vedetta 2 e Mondialpol Milano; non può invece essere considerata Vigilanza Sardegna, perché nel frattempo fallita.

Secondo questa prospettazione i grandi operatori si riducono pertanto a 18 – dato preso poi a riferimento dal tribunale amministrativo per la propria decisione - dei quali 6 operanti nel territorio di Roma (Italpol, Security Service, Sipro, Istituto vigilanza Urbe, Città di Roma, Securitas Metronotte).

Quindi, nel sintetizzare le proprie censure Mondialpol Security aveva rilevato che, a fronte di questa composizione del mercato della vigilanza, per i 13 lotti in cui la gara è stata suddivisa hanno poi partecipato nel complesso soggetti riconducibili a 15 operatori economici (così in memoria di replica).

24. A fronte di ciò, nel proprio appello Consip:

- si limita ad escludere l'ex adverso asserita contrapposizione tra gli operatori maggiori e le imprese di dimensioni medio-piccole sulla base della composizione di mercato, senza tuttavia prendere posizione sull'effetto di disincentivo derivante dalla contestuale previsione del bando di gara di partecipare a più lotti di gara sulla base della sola richiesta di estensione territoriale della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. con correlata richiesta di cumulo dei requisiti di qualificazione, puntualmente esposta dalla Mondialpol Security in primo grado (motivo II d'appello);
- adduce il dato numerico delle 124 imprese partecipanti alla gara e della composizione qualitativa di questo insieme, nel quale figurano 81 imprese di medie e piccole dimensioni, ma non considera, né tanto meno contesta, la forte concentrazione di mercato in capo a grandi gruppi descritta dall'originaria ricorrente già davanti al tribunale amministrativo, ulteriormente ribadita nel presente giudizio d'appello dalle intervenienti ad opponendum Confcommercio e F.n.i.p., ed il risultato finale per cui le offerte pervenute per i 13 lotti in cui si suddivide la gara sono riconducibili a 15 soli operatori economici (motivi d'appello IV e VII);
- si richiama alla normativa in materia di centralizzazione delle gare presso la Consip (i citati art. 9, comma 3, d.l. n. 66 del 2014 e d.p.c.m. 24 dicembre 2015, di individuazione delle categorie merceologiche ad essa soggette, tra cui la vigilanza armata: art. 1, n. 15), paventando, in modo peraltro generico, che la decisione impugnata possa comportare il rischio che il fabbisogno della pubblica amministrazione non possa essere soddisfatto, così supponendo che il giudice di primo grado abbia imposto una scelta precisa, e non si sia invece limitato – come avvenuto nel caso di specie – a ritenere sproporzionata e irragionevolmente restrittiva della concorrenza, sulla base dei dati sopra esposti, la dimensione dei lotti di gara definita dalla stessa centrale di committenza appellante (motivo VI d'appello);
- afferma di avere fatto precedere la pubblicazione del bando da un'istruttoria approfondita, condotta in base all'estrapolazione dei dati concernenti i servizi di vigilanza di immobili della pubblica amministrazione dalla banca nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC e di avere previsto nel bando regole atte a favorire l'aggregazione degli operatori in raggruppamenti temporanei di imprese, non dimostrando tuttavia che questa istruttoria sia stata effettivamente svolta, tant'è vero che i dati prodotti in allegato all'appello non hanno alcuna data certa e che - come evidenziato dall'originaria ricorrente nella memoria per la camera di consiglio del 20 dicembre 2016 – non sono stati prodotti nemmeno nel giudizio di primo grado, né confutando in modo puntuale l'effetto di disincentivo a tale aggregazione prospettato in modo puntuale e plausibile dalla Mondialpol Security, come sopra rilevato (motivo X d'appello).

25. Gli assunti di Consip sulla centralizzazione della domanda pubblica e sui rischi di saturazione delle convenzioni da parte di poche amministrazioni pubbliche di maggiori dimensioni meritano peraltro ulteriori precisazioni.

Come accennato in precedenza, l'appellante ha riportato alcuni dati relativi a contratti di maggiori dimensioni, tali per cui la Mondialpol Security non avrebbe potuto concorrere in base al suo fatturato, ed in particolare: 23,5 milioni di euro l'A.s.l. 2 di Olbia, 18 milioni di euro

l'A.u.s.l. di Cagliari; 14 milioni di euro ciascuno dei tre lotti della Rai; 21 milioni di euro la Gesap, società di gestione dell'aeroporto di Palermo; 6,6 milioni di euro l'Azienda ospedaliera di Catania.

26. Sennonché, l'originaria ricorrente ha da un lato evidenziato che il richiamo non è pertinente, in particolare per quanto concerne il servizio affidato dalla Gesap, poiché le funzioni di controllo di sicurezza dei passeggeri richiedono l'impiego di specifiche professionalità e di strumenti di controllo, tali da non potere costituire un parametro di riferimento per le convenzioni Consip oggetto della gara qui in contestazione (così nella memoria di Mondialpol Security per la camera di consiglio del 20 dicembre 2016).

Dall'altro lato, è agevole constatare – come fa la medesima società odierna appellata - che questo argomento si risolve in danno della stessa Consip, perché conferma ulteriormente che nella dimensione dei lotti di gara non è stata svolta un'istruttoria approfondita, volta a conciliare l'esigenza, posta a base della normativa sulla centralizzazione degli acquisti della pubblica amministrazione, di evitare convenzioni “mono-contratto”, con i contrapposti imperativi di massima concorrenzialità ed apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori di minori dimensioni, debitamente posti in rilievo dal tribunale amministrativo. Infatti, attraverso questa deduzione l'appellante tende nella sostanza a colmare in sede giurisdizionale le lacune istruttorie e di analisi di mercato che hanno caratterizzato questa procedura di gara e gli incontestabili esiti di forte restrizione della partecipazione in essa registratisi.

27. Gli stessi esiti - ai quali si richiama anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere ex art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, invocato dall'appellante (nota di prot. n. 5124 dell'11 settembre 2015) - conducono quindi a ritenere non superato il test di proporzionalità e ragionevolezza cui la suddivisione in lotti e la conseguente definizione dei requisiti di partecipazione sono soggetti nella presente sede giurisdizionale di legittimità.

E' infatti evidente che una così limitata partecipazione di operatori economici non risponde agli obiettivi della stessa centralizzazione della domanda pubblica attraverso convenzioni nazionali cui le amministrazioni sono tenute ad aderire, e cioè di risparmio di costi per queste ultime (come da ultimo ribadito dal più volte citato art. 9 d.l. n. 66 del 2014).

La conferma di questo dato (empirico prima che giuridico) è stata data da Mondialpol Security già nel giudizio di primo grado, attraverso il confronto tra alcuni dati relativi a precedenti procedure di gara “mono-amministrazione” relativi al costo unitario delle guardie giurate impiegate nel servizio di vigilanza. I dati in questione dimostrano in particolare che i prezzi offerti dall'odierna appellata sono sempre stati inferiori a quelli del proprio principale competitore in Sicilia, il gruppo Ksm. Sulla base della documentazione versata agli atti del giudizio svoltosi davanti al tribunale amministrativo la stessa originaria ricorrente ha anche dimostrato che quest'ultimo grande operatore ha poi riscontrato negativamente la sua proposta di partecipare alla gara in contestazione nel presente giudizio in raggruppamento temporaneo, così corroborando l'assunto che per come congegnata la gara si è prestata ad una concentrazione oligopolistica dell'offerta di servizi di vigilanza alla pubblica amministrazione.

28. Tutte queste circostanze, anch'esse non contestate dalla Consip, confermano che le dimensioni dei lotti, i requisiti di fatturato richiesti, la possibilità di partecipare a più di lotti e il cumulo di requisiti imposto per questa eventualità sono sproporzionate rispetto alle esigenze di massima concorrenzialità e – come evidenziato dal Tribunale amministrativo – irragionevolmente lesive dell'interesse della stessa amministrazione a favorire la più ampia partecipazione di operatori privati al fine di conseguire i maggiori risparmi economici che solo un confronto competitivo ampio può assicurare.

Del pari, le medesime circostanze denotano una carente istruttoria da parte della centrale di committenza nell'individuazione di dimensioni territoriali dei lotti ottimali e cioè in grado di bilanciare gli interessi ora esposti con quello di non segmentare eccessivamente le convenzioni da aggiudicare all'esito della gara ed evitare quindi i rischi di saturare con pochi ordinativi il fabbisogno delle pubbliche amministrazioni obbligate per legge ad aderirvi.

29. In conclusione, l'appello deve essere respinto, ma la complessità delle questioni controverse – e la loro sostanziale novità - giustifica la compensazione delle spese del grado di giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna il Consiglio di Stato è intervenuto sul delicato tema del rapporto sussistente tra il fenomeno della centralizzazione della committenza pubblica e il principio del *favor participationis*, oggi declinato con particolare riguardo alle micro imprese e a quelle di piccole e medie dimensioni (cfr. l'art. 2, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006 e gli artt. 3, lett. qq e 51 del d.lgs. n. 50/2016).

Il caso riguardava l'affidamento di un accordo per la stipula di convenzioni quadro per l'espletamento dei servizi di vigilanza armata attiva e passiva, alle quali avrebbero potuto aderire tutte le amministrazioni tenute – ai sensi del D.L. n. 66/2014 e del DPCM 24.12.2005 – ad aderire alle convenzioni Consip, per un importo complessivo di 550 milioni di euro. In primo grado, la ricorrente aveva contestato l'irragionevolezza della scelta della Consip di suddividere l'appalto in soli quattordici macro lotti di ampiezza ultra-regionale, in violazione della più recente normativa interna ed europea. Tale scelta si era di fatto rivelata idonea a restringere la partecipazione ad un esiguo numero di concorrenti (24, tra operatori singoli e RTI), a fronte di un mercato notevolmente più consistente (composto da almeno 1200 imprese, in massima parte di grandi dimensioni). Il giudizio si era concluso favorevolmente per la ricorrente (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, sent. n. 9441/2016), con motivazioni assolutamente innovative, pienamente condivise, nel complesso *iter* logico, dalla sentenza del Consiglio di Stato.

La questione della suddivisione dei grandi appalti in lotti "funzionali", idonei a garantire la più ampia partecipazione alla gara, è – ad avviso dei giudici del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato – intimamente connessa con quella relativa al valore del fatturato richiesto ai fini della partecipazione.

La necessaria proporzionalità dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi non va pertanto verificata in sé, ma in relazione all'adeguatezza della suddivisione dell'appalto in lotti, che da essa discende, avendosi di mira la finalità euro-unitaria di garantire la più ampia partecipazione delle PMI.

Una suddivisione in lotti di dimensioni non adeguate è irragionevolmente lesiva – oltre che dei nuovi principi eurounitari in favore delle PMI, non a caso richiamati nel considerando n. 2 della direttiva 24/2014/UE, anche – dell'interesse "*della stessa amministrazione a favorire la più ampia partecipazione di operatori privati al fine di conseguire i maggiori risparmi economici che solo un confronto competitivo ampio può assicurare*" (Consiglio di Stato, sentenza annotata).

A fronte di siffatte, collimanti esigenze, il Consiglio di Stato ha ritenuto infondate le doglianze mosse da Consip con il proprio articolato appello.

In particolare, la centrale di committenza ha lamentato: *i*) la violazione, da parte del TAR, degli ambiti di discrezionalità riservati all'amministrazione nella strutturazione della gara (eccezione che l'interveniente MEF aveva più specificatamente riferito al potere-dovere, in capo alla più grande centrale di committenza pubblica, di attuazione dei programmi di razionalizzazione della spesa stabiliti dal D.L. n. 66/2014 e dal D.P.C.M. 24.12.2015); *ii*) l'inutilità di una gara suddivisa in lotti di dimensioni più piccole, in ragione delle esigenze d'appalto di alcune grandi stazioni appaltanti, che avrebbero esaurito troppo velocemente i *plafond* stanziati per i diversi

lotti; *iii*) l'omessa valutazione della soddisfacente risposta del mercato, avendo partecipato alla gara un discreto numero di operatori (124), tra i quali un elevato numero di PMI (81).

Sul primo profilo, il Consiglio di Stato ha evidenziato come la discrezionalità spettante alla stazione appaltante nella suddivisione di un appalto in lotti "funzionali" non può essere ritenuta in assoluto incensurabile, trattandosi dell'esercizio di un potere amministrativo attribuito dalla legge per il conseguimento di determinate finalità (l'apertura del mercato pubblico alle PMI), il cui raggiungimento l'impugnato bando non aveva affatto garantito.

Quanto alle esigenze di servizio delle amministrazioni potenzialmente aderenti, la sentenza evidenzia come risultasse dall'istruttoria svolta dalla stessa Consip che le gare di vigilanza hanno mediamente dimensioni ben più ridotte (oltre che un oggetto diverso) rispetto a quelle prese in considerazione dall'appellante con il proprio appello (che citava quale esempio, tra le grandi commesse degli ultimi anni, quella indetta dal gestore aeroportuale di Palermo per i controlli agli imbarchi, indetta da soggetto non rientrante nel novero delle amministrazioni tenute ad aderire alle convenzioni Consip e, comunque, avente un oggetto del tutto peculiare rispetto a quelle ordinarie di vigilanza e portierato, oggetto dell'appalto per cui vi era giudizio).

Infine, con riguardo ai risultati della gara, che l'appellante ha – a torto – ritenuto confortanti, il Consiglio di Stato ha evidenziato come non fosse stata idoneamente contrastata la tesi degli intervenienti *ad opponendum* secondo la quale le piccole e medie imprese che erano riuscite a partecipare alla gara «*non sono altro che l'espressione territoriale proprio di quei 24 top players*». Richiamato il parere reso dall'AGCM, il Collegio ha pertanto ritenuto «*non superato il test di proporzionalità e ragionevolezza cui la suddivisione in lotti e la conseguente definizione dei requisiti di partecipazione sono soggetti nella presente sede giurisdizionale di legittimità. E' infatti evidente che una così limitata partecipazione di operatori economici non risponde agli obiettivi della stessa centralizzazione della domanda pubblica attraverso convenzioni nazionali cui le amministrazioni sono tenute ad aderire, e cioè di risparmio di costi per queste ultime (come da ultimo ribadito dal più volte citato art. 9 d.l. n. 66 del 2014)*».