

Pubblicato il 05/01/2022

N. 00078/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03144/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3144 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 108 - Napoli 3, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Anna Peluso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Elisicilia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Luigi Borgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Security Service s.r.l.;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Gsa – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, Maria Sara Derobertis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della deliberazione del Direttore Generale della ASL Napoli 3 Sud n. 0544 dell'11 giugno 2021, comunicata il successivo 14 giugno 2021, avente ad oggetto *“Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio attiva per i presidi ospedalieri dell'ASL Napoli 3 Sud previsto al punto 42, lett. C, del Titolo V di cui all'Allegato III del D.M. 19/03/2015 – CIG 8631463C96 – Provvedimento di aggiudicazione”*, con cui la procedura suddetta è stata aggiudicata in favore del RTI con mandataria Elisicilia s.r.l. e mandante Security Service s.r.l.;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

- della nota con cui la stazione appaltante, nel riscontrare all'istanza di accesso proposta dall'odierna ricorrente, ha consentito l'ostensione solo parziale della Relazione Tecnica prodotta in gara dall'illegittimo aggiudicatario;

per la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto;

nonché con istanza di esibizione documentale *ex artt.* 116 e 65, co. 3, c.p.a. volta all'acquisizione della versione integrale e non omissata della Relazione Tecnica del RTI Elisicilia;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Cosmopol s.p.a. il 2 agosto 2021:

- della nota pec, comunicata e conosciuta attraverso il gestore uscente SOGESI, con cui si affidano i servizi di vigilanza antincendio oggetto di gara al RTI Elisicilia a far data dal 2 agosto 2021;

- per quanto possa occorrere, della nota ASL NAPOLI 3 SUD prot. n. 146290 del 30 luglio 2021 con cui si comunica al gestore uscente SOGESI srl la cessazione del servizio a far data dal 2 agosto 2021, senza passaggio di cantiere;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Elisicilia s.r.l. e dell'Asl 108 - Napoli 3;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2021 e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame è controversa la legittimità del provvedimento di aggiudicazione, unitamente agli altri atti indicati in epigrafe, della procedura aperta, indetta con Delibera a contrarre del Direttore Generale n. 131 del 15 febbraio 2021 e Bando di gara del successivo 20 febbraio 2021, avente a oggetto l'affidamento del servizio di "Vigilanza antincendio attiva per i presidi ospedalieri dell'ASL Napoli 3 Sud", consistente in controlli preventivi e in interventi tempestivi in caso di incendio, per la durata di 24 mesi, con eventuale opzione al rinnovo per ulteriori 12 mesi, per un valore complessivo a base gara pari ad euro 4.933.632,00, e con aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Alla stessa hanno partecipato, oltre alla ricorrente, altri quattro concorrenti, tra cui in particolare il RTI con mandataria Elisicilia s.r.l. e mandante Security Service s.r.l. che, all'esito dell'apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, è risultato primo in graduatoria con un punteggio complessivo pari a 91,34 (70 punti per l'offerta tecnica a seguito di riparametrazione e

21,34 per quella economica), sopravanzando Cosmopol, classificatasi in seconda posizione con un totale di 81,93 punti (30 per l'offerta economica e 51,93 per quella tecnica).

Avverso la determinazione del Direttore Generale n. 544 dell'11 giugno u.s., recante l'aggiudicazione della gara in favore del RTI Elisicilia, Cosmopl ha proposto ricorso, affidando l'impugnativa a motivi così rubricati:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 e dell'art. 80, co. 5, lett. c) e c-bis), D.Lgs. n. 50/16; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e in particolare del Disciplinare di gara; eccesso di potere per radicale difetto di istruttoria; disparità di trattamento manifesta; violazione della *par condicio*: secondo la ricorrente, sarebbe illegittima l'aggiudicazione in favore del RTI s.r.l.- Security service s.r.l., che avrebbe dovuto invece essere escluso dalla gara in ragione della difformità della sua offerta tecnica rispetto agli *standard* redazionali previsti dalla *lex specialis*, o, al più, avrebbe dovuto conseguire l'attribuzione di un punteggio inferiore in conseguenza dello stralcio delle pagine in eccesso dell'offerta stessa, così collocandosi in posizione non utile all'aggiudicazione.

II. Illegittimità del diniego parziale di accesso all'offerta tecnica avversaria; violazione e falsa applicazione dell'art. 53 D.Lgs. n. 50/16, in combinato disposto con gli artt. 22 e ss. L. n. 241/90; eccesso di potere per carenza dei presupposti di fatto e di diritto; difetto assoluto di motivazione e di istruttoria; disparità di trattamento: sarebbe illegittima la mancata ostensione dell'offerta dell'aggiudicataria in versione integrale, in assenza di idonee ragioni giustificatrici, non sussistendo prova di segreti tecnici e commerciali emergenti dal proprio progetto tecnico e comunque prevalendo il diritto costituzionalmente garantito di difesa della ricorrente sulla tutela delle asserite e non provate ragioni della aggiudicataria.

2. Costituitasi in resistenza, l'A.S.L. 108 - Napoli 3 ha preliminarmente rilevato di aver riscontrato la domanda di accesso agli atti della selezione concorsuale, trasmettendo alla ricorrente la Relazione Tecnica prodotta in

gara dalla resistente ATI Elisicilia srl, in versione integrale. Nel merito ha replicato alle censure attoree, instando per la reiezione del gravame.

Si è costituita per resistere alle avverse pretese anche l'impresa controinteressata Elisicilia s.r.l., sostenendo l'infondatezza delle censure di parte ricorrente e concludendo per il rigetto del gravame introduttivo e dei motivi aggiunti.

Ha inoltre spiegato intervento *ad adiuvandum* Gsa – Gruppo Servizi Associati s.p.a., instando per l'accoglimento del gravame.

3. Con successivi motivi aggiunti depositati il 2 agosto 2021, la ricorrente, lamentando che la S.A. avrebbe inaspettatamente deciso di affidare il servizio al nuovo aggiudicatario RTI Elisicilia *sub iudice*, in violazione – oltre che dei principi di correttezza e buona fede - dello *stand still* previsto dall'art. 32, co. 11 del D.lgs. n. 50/16, che inibisce la stipula del contratto e, a fortiori, l'affidamento del servizio fino all'esito della pronuncia sull'istanza cautelare, ha impugnato la comunicazione dell'ASL resistente, con cui si affidano i servizi di vigilanza antincendio oggetto di gara al RTI Elisicilia a far data dal 2 agosto 2021.

4. Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza pubblica del 16 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. *In limine*, il Collegio deve dare atto del pieno soddisfacimento dell'istanza di accesso agli atti della procedura formulata in ricorso da Cosmopol (motivo *sub* II), atteso che, come rimarcato dalla difesa aslina, l'offerta tecnica dell'aggiudicataria è stata integralmente ostesa, di talché non residuano ulteriori questioni sul punto.

6. Nel merito, il ricorso principale e per motivi aggiunti sono infondati, alla stregua della seguente motivazione.

6.1 Con un primo articolato motivo, Cosmopol si duole della mancata esclusione del RTI aggiudicatario, nonostante la relativa offerta tecnica sia stata redatta – in tesi - in modo difforme da quanto prescritto a pena di

esclusione dalla *lex* di gara, che imponeva un limite di 50 facciate complessive, con font non inferiore a 11 punti, esclusi eventuali allegati.

In particolare, a mente dell'art. 16 del Disciplinare, l'Offerta Tecnica doveva contenere, a pena di esclusione, *“una Relazione Tecnica, firmata digitalmente, redatta secondo i criteri previsti all'art. 13 del Disciplinare di gara. ... Con la Relazione il concorrente deve esplicitare le modalità di svolgimento del progetto di organizzazione del servizio, dettagliando il tipo e le modalità di erogazione delle prestazioni. In particolare, tale progetto deve:*

- *essere compilato su fogli di formato A4, con una numerazione progressiva ed univoca delle pagine, utilizzando un font non inferiore a 11 punti, interlinea singola;*
- *essere contenuto in massimo 50 facciate complessive, esclusi eventuali allegati;*
- *essere privo, a pena di esclusione, di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico;*
- *essere strutturato in paragrafi corrispondenti ai sub – criteri di cui alla successiva Tabella 3 - Criteri di valutazione, contenendo, pertanto, tutte le informazioni necessarie in risposta ad ogni singolo criterio di valutazione previsto ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico. L'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime del servizio stabilite dalla lex specialis, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice”.*

Nella prospettazione di parte, sarebbe stata utilizzata una formattazione del tutto diversa rispetto a quella prescritta, impiegando interlinea e caratteri di dimensioni sensibilmente inferiori, in modo che, riparametrando la relazione alle prescrizioni redazionali di gara, la stessa risulterebbe composta di almeno 5 pagine in più rispetto al limite dimensionale delle 50 facciate complessive.

Tale *modus agendi* sarebbe espressione del tentativo dell'aggiudicataria finalizzato, da un lato, ad aggirare ed eludere la sanzione espulsiva prevista dal Disciplinare, e, dall'altro, a influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante in ordine alla valutazione della propria offerta e alla conseguente attribuzione di punteggio tecnico, di talché risulterebbe integrato

- in tesi - un grave illecito professionale “endoprocedurale” nell’ambito della gara controversa, commesso dal RTI controinteressato in violazione di ogni più basilare principio di lealtà e collaborazione con la PA, con conseguente dovere di esclusione in capo alla S.A. ai sensi dell’art. 80, co. 5, lett. c-*bis*), D.Lgs. n. 50/16.

In via gradata, secondo la ricorrente, alcun punteggio avrebbe mai potuto essere assegnato all’aggiudicataria con riferimento al *sub*-criterio 3.3, riguardante la valutazione delle prestazioni migliorative aggiuntive offerte a titolo gratuito dal concorrente (per cui è stato attribuito il punteggio massimo di 8 punti) nonché per il *sub*-criterio 3.2, relativo all’offerta di sistemi di controllo e verifica dell’attività operativa svolta in sede di esecuzione della commessa (per cui l’aggiudicatario ha riportato oltre 6 punti), posto che la parte della relazione tecnica riguardante tali elementi sarebbe interamente ricompresa nelle facciate eccedenti il numero massimo consentito dal Disciplinare, non potendo dunque essere in alcun modo considerate dalla Commissione di gara, se non ponendosi in stridente violazione con basilari regole di *par condicio*; di conseguenza, sottraendo i punti in tesi ingiustamente attribuiti, la controinteressata verrebbe sopravanzata nella graduatoria finale dalla ricorrente, con conseguente aggiudicazione della gara in suo favore.

Il motivo non è condivisibile.

Sul punto, la consolidata giurisprudenza ha da tempo chiarito che “*la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all’offerta deve essere interpretata cum grano salis*”, dando rilievo, nella specie, alla circostanza che “*le ipotetiche violazioni (un’eccedenza di tre o quattro pagine) non [avevano] in concreto determinato alcuna alterazione valutativa dell’offerta*” (cfr. Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3677).

In tale prospettiva, la prescrizione inerente al numero massimo di pagine, oltre a poter dar luogo a esclusione solo se espressamente previsto dalla *lex*

specialis (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 298; 9 novembre 2020, n. 6857; 2 ottobre 2020, n. 5777), richiede, negli altri casi - in relazione alla *valutazione* dell'offerta -, un'apposita prova sull'effettiva rilevanza a fini valutativi, e cioè sul vantaggio conseguito da un concorrente in danno degli altri per effetto dell'eccedenza dimensionale dell'offerta (cfr. Cons. Stato, n. 6857 del 2020, cit.; V, 3 febbraio 2021, n. 999); a ciò si aggiunga, ai fini della stessa valutazione dell'eccedenza, la necessità di considerare i margini di discrezionalità eventualmente rimessi ai medesimi operatori economici su alcuni dei parametri redazionali laddove non puntualmente definiti dalla *lex specialis* (Cons. Stato, n. 5777 del 2020, cit.).

Si è anche osservato, con argomenti condivisi dal Collegio, che "... lo stralcio di una parte dell'offerta – previsto dall'art. 13, lett. B), del Disciplinare di gara – rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore. Pertanto, (...), una tale clausola, ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale, riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., potendo consentire ad un'offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull'offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l'interesse pubblico alla tutela della salute dei pazienti del Servizio sanitario pubblico ed alla ottimale allocazione delle risorse pubbliche né con il rispetto della libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza ma solo alla "comodità" d'esame dell'amministrazione" (da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 8 giugno 2021, n. 4371).

Dall'applicazione delle superiori coordinate ermeneutiche al caso di specie emerge l'infondatezza del motivo in esame.

In primo luogo, deve rimarcarsi come, dalla semplice lettura dell'art. 16 del Disciplinare, emerge in tutta evidenza che la violazione dei criteri formali di redazione della relazione tecnica, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non è sanzionata con l'esclusione, posto che la richiamata disciplina di gara riserva tale sanzione, per quanto ne importa, alla sola mancanza della relazione stessa, ovvero alla presenza, al suo interno, "*di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico*", di talché la eventuale redazione in violazione dei criteri fissati può trovare la relativa sanzione, in caso di sforamento rilevante dai parametri e di indebito vantaggio per il concorrente in difetto, in una possibile valutazione negativa della relativa relazione tecnica *in parte qua* da parte della Commissione di gara, ma non certo nell'esclusione del concorrente.

Peraltro, nel caso all'esame, la "riparametrazione" operata dalla ricorrente sulle dimensioni dell'offerta del RTI aggiudicatario non può essere ritenuta attendibile, né essere presa a riferimento per valutare il rispetto della suddetta previsione della *lex specialis*, proprio perché non considera l'utilizzo, oltre che di numerose immagini, anche di tabelle e grafici, in presenza dei quali non è dunque possibile eseguire una verifica rigida e formalistica del font del carattere e dell'interlinea adoperati.

In tale cornice, ciò che la ricorrente adduce a comprova dell'utilizzo di un carattere più piccolo di quello consentito è esclusivamente una tabella (pag. 46 dell'offerta) in cui viene riportato uno stralcio del registro delle anomalie riscontrate durante il servizio.

La detta riparametrazione eseguita dalla Cosmopol non può però essere valorizzata, basandosi su un metodo di calcolo che non intende correttamente la *ratio* della *lex specialis* né i principi giurisprudenziali innanzi richiamati, secondo cui, in ogni caso, occorre che le prescrizioni sulle dimensioni dell'offerta siano interpretate con buon senso, tenuto conto della necessità di contemperare le richieste redazionali della Stazione appaltante - funzionali sia ad esigenze organizzative e di speditezza dei lavori della Commissione che di

tutela della *par condicio* - con il generalissimo principio della libertà di forma, rispondente all'ancor più generale *favor libertatis* del nostro ordinamento democratico.

Infine, va considerato che i rilievi della ricorrente, afferenti, per quanto precisato, ad aspetti minimali della relazione tecnica, rispettosa nel suo complesso delle 50 pagine, non possono essere nemmeno valorizzati, come richiesto, agli ulteriori fini sanzionatori dalla stessa reclamati.

Ed invero, si ribadisce, proprio la presenza nel corpo della relazione di varie immagini, tabelle e grafici, non oggetto di specifica disciplina nella *lex* di gara, nonostante la loro incidenza sulla conformazione e rappresentazione tipografica dell'intera offerta, non può determinare *sic et simpliciter* la espunzione della parte terminale della relazione dalla valutazione della Commissione di gara, anche tenuto conto che, in ogni caso, è del tutto mancata nella specie la necessaria prova dell'effetto distorsivo o vantaggioso per il RTI Elisicilia della redazione, in tal modo, dell'offerta (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, n. 4635/2021, n. 999/ 2021 e 6857/2020).

Di qui l'infondatezza del motivo di gravame, mancando effettiva evidenza di un'eccedenza dimensionale dell'offerta rispetto alle previsioni della *lex specialis*, e di una correlata sua incidenza sulla valutazione delle offerte.

6.2 Con l'unico motivo del ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente, poi, lamenta la violazione della disciplina imperativa, di diretta derivazione comunitaria, di cui al D.lgs. 50/2016, preclusiva alla stipula del contratto sino alla conclusione della fase cautelare di primo grado, essendo stato proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, rimarcando peraltro non sussistere nella specie ragioni di urgenza per l'esecuzione anticipata del servizio, svolto dal gestore uscente SOGESI s.r.l.

Il motivo è infondato in fatto prima che in diritto.

Va premesso che, per consolidata giurisprudenza in tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la violazione dell'art. 32, comma 8, del

decreto legislativo n. 50 del 2016, presuppone che sia intervenuta la stipulazione del contratto, senza la quale non sussiste alcuna violazione della clausola di *stand still*, non essendo l'esecuzione in via d'urgenza parificabile alla stipulazione del contratto.

Peraltro, è stato anche rilevato che la mera violazione della clausola di *stand still*, senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, in quanto trattasi di una fase successiva a quella di selezione del migliore contraente, che, per ciò stesso, non potrebbe ripercuotersi negativamente sul provvedimento di aggiudicazione definitiva (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n.4087; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II , 11 marzo 2021 , n. 3047).

Venendo al caso all'esame, osserva il Collegio, come incontestatamente dedotto dalla resistente e dalla contointressata, che nessun contratto è stato ancora stipulato, posto che, a fronte della cessazione del precedente affidamento alla ditta uscente So.Ge.Si. s.r.l. l'amministrazione ha disposto l'affidamento anticipato del servizio al RTI aggiudicatario a far data dal 2 agosto 2021, trattandosi di servizio rientrante tra i servizi pubblici essenziali che non può tollerare interruzioni (come anche evidenziato all'art. 4.3. del Capitolato tecnico), dovendosi chiaramente evitare di lasciare i presidi ospedalieri privi delle prescritte garanzie in caso di incendio, con evidenti profili di responsabilità per la tutela della salute pubblica.

Ciò in conformità all'articolo 8 comma 1 lett. a) del D.L. 76/2020, che dispone “ ... è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura ... ”.

7. In ragione di quanto precede, il ricorso principale e i motivi aggiunti si palesano infondati e vanno pertanto rigettati.
8. La regolazione delle spese processuali segue il criterio della soccombenza *ex art. 91 c.p.c.* nella misura indicata in dispositivo, tranne che nei confronti dell'interveniente *ad adiuvandum*, sussistendo giuste ragioni per disporre la compensazione, tenuto conto della posizione integralmente adesiva a quella della ricorrente e della minima ulteriore attività difensiva che ne è conseguita per le avverse parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna Cosmopol al pagamento delle spese processuali in favore dell'A.S.L. 108 Napoli 3 e di Elisicilia s.r.l., che liquida complessivamente in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, da suddividere in parti uguali tra queste ultime (€ 2.000,00 ciascuna). Spese compensate nei confronti di GSA - Gruppo Servizi Associati s.p.a..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO