

Pubblicato il 04/10/2022

**N. 08496/2022REG.PROV.COLL.**  
**N. 01960/2022 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1960 del 2022, proposto da Cosmopol Vigilanza S.r.l. (già Cosmopol Basilicata), 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*

Comune di Potenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmen Ferri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Sicuritalia S.p.A. in proprio e n.q. di mandataria del costituendo Rti con Security Department S.R.L., Security Department S.r.l. in proprio e n.q. di mandante del costituendo Rti con Sicuritalia Spa, non costituiti in giudizio;

Soc. Coop. Vigilanza Città di Potenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Passaro, Luca Di Mase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00160/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Potenza e di Soc. Coop. Vigilanza Città di Potenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino e Passaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sulla procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata degli uffici comunali nonché del servizio di vigilanza saltuaria di immobili comunali della Città di Potenza. Importo a base d'asta: oltre 1 milione 615 mila euro; criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa; durata della commessa: 30 mesi; esiti della gara: prima classificata Società Cooperativa Città di Potenza; seconda classificata Sicuritalia S.p.A. – Security Department; terza classificata COSMOPOL Vigilanza s.r.l. (originaria ricorrente e odierna appellante).

2. La terza classificata COSMOPOL impugnava gli esiti della gara dinanzi al TAR Basilicata sia con riferimento alla seconda, sia con riguardo alla prima classificata. Il giudice di primo grado dichiarava tuttavia irricevibile per tardività il gravame stesso, anche in relazione ai motivi aggiunti.

3. La sentenza di primo grado veniva appellata per le ragioni di seguito indicate:

3.1. *Errores in procedendo et in iudicando* nella parte in cui il ricorso di primo grado ed i connessi motivi aggiunti sono stati dichiarati irricevibili per tardività, senza tenere conto che l'accesso agli atti è stato consentito dalla

stazione appaltante soltanto il 30 novembre 2021 (ricorso notificato 22 dicembre 2021);

3.2. *Erroris in procedendo et in iudicando* nella parte in cui non sarebbe di conseguenza stata vagliata la mancata illegittima esclusione della seconda classificata (RTI Sicuritalia) per le ragioni di seguito indicate:

3.2.1. Sopralluogo (precedente alla gara) effettuato da soggetto munito di delega del mandante e non anche della mandataria;

3.2.1. Omessa comunicazione, da parte della stessa concorrente Sicuritalia, di una importante sanzione comminata dalla Antitrust;

3.3. *Erroris in procedendo et in iudicando* nella parte in cui non sarebbe di conseguenza stata vagliata la mancata illegittima esclusione della prima classificata (Soc. Coop. Vigilanza Città di Potenza) per le ragioni di seguito indicate:

3.3.1. Incongruità dell'offerta relativa agli armadietti;

3.3.2. Incongruità dell'offerta per alcuni costi non altrimenti conteggiati in sede di verifica di anomalia;

3.3.3. Incongruità dell'offerta per la omessa considerazione di costi legati ad alcune specifiche figure professionali;

3.3.4. Incongruità dell'offerta per la omessa considerazione delle ore da dedicare ai corsi di formazione;

3.3.5. Illogicità e difetto di motivazione nella parte in cui la prima classificata avrebbe ottenuto, per la voce "Migliorie", lo stesso punteggio (ossia quello massimo) parimenti attribuito alla appellante la quale, a suo dire, avrebbe tuttavia formulato un progetto superiore;

3.3.6. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta con particolare riguardo ai costi della manodopera.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata amministrazione comunale nonché l'intimata Soc. Coop. Vigilanza Città di Potenza, prima classificata, entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla pubblica udienza del 22 settembre 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni e la causa veniva infine trattenuta in decisione.
6. Tutto ciò premesso si affronta innanzitutto il primo motivo di appello con cui si contesta la dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado. Al riguardo si osserva che:
  - 6.1. Il giudice di primo grado ha nella sostanza considerato la data della pubblicazione online del provvedimento di aggiudicazione (20 ottobre 2021) e da quale momento ha computato *sic et simpliciter* il termine globale di 45 giorni (30 ex art. 120, comma 5, c.p.a. + 15 per accesso semplificato ex art. 76 del Codice dei contratti), tenuto in questo modo della c.d. “dilazione temporale”, onde giungere alla conclusione che il ricorso notificato in data 22 dicembre 2021 fosse inevitabilmente tardivo;
  - 6.2. A ben vedere una simile impostazione (45 giorni complessivi per impugnare l’aggiudicazione, tenuto conto della c.d. “dilazione temporale”) postula giocoforza che in quel medesimo turno temporale la documentazione, o almeno quella che risulta indispensabile al fine di formulare determinati motivi di ricorso, sia stata integralmente messa a disposizione della parte ricorrente (principio della “piena conoscenza”);
  - 6.3. Ebbene una simile integrale conoscenza della documentazione è avvenuta soltanto tra il 30 novembre 2021 (ostensione parziale in esito all’istanza di accesso dell’8 novembre 2021), l’8 gennaio 2022 (deposito nel giudizio di primo grado delle giustifiche rese nel giudizio di congruità delle offerte) ed il 3 febbraio 2022 (deposito in giudizio dell’offerta tecnica in versione integrale e non oscurata);
  - 6.4. Né d’altra parte le parti resistenti hanno mai dimostrato che i motivi formulati nel ricorso e nei motivi aggiunti potevano essere calibrati alla luce della scarna documentazione messa originariamente a disposizione, ossia unitamente al provvedimento di aggiudicazione pubblicato online in data 20 ottobre 2021. L’eccezione di tardività sollevata dalla difesa dell’amministrazione comunale si è infatti limitata ad una mera clausola di

stile, laddove le parti controinteressate neppure hanno formulato una simile eccezione di rito;

6.5. In proposito giova rammentare che, secondo la stessa Adunanza plenaria n. 12 del 2 luglio 2020: se in linea di principio (ossia nei casi in cui la documentazione sia stata integralmente messa a disposizione) il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti di gara decorre dalla pubblicazione di cui all'art. 29 del codice dei contratti o, al più, allo scadere dei quindici giorni per ottenere l'accesso di cui all'art. 76 dello stesso codice, *“qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti (Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2019, n. 1540)”* [cfr. punto n. 19]. Ed infatti: *“qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”* (punto 25.2.).

6.6. Quanto poi ai contenuti più specifici dell'offerta nonché alle giustificazioni rese in sede di giudizio di anomalia, la stessa Plenaria ha avuto cura di evidenziare che: *“il principio della piena conoscenza o conoscibilità si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria”* (punto 31). Ed ancora che: *“Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso “al buio” [“in abstracto”, nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.]”*.

6.7. Del resto, con il venir meno dell'accesso semplificato e accelerato di cui al comma 5-*quater* dell'art. 79 del decreto legislativo n. 163 del 2006, lo stesso bagaglio informativo prima assicurato non risulterebbe più ulteriormente garantito con l'attuale art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016: di qui la concreta possibilità che a tale forma di accesso semplificato (ma non più

accelerato) possa fare seguito una ulteriore domanda di accesso ordinario ai sensi dell'art. 22, L. n. 241 del 1990 (la Plenaria pone un particolare accento anche sull'accesso "informale" di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006) onde acquisire maggiori e più approfondite informazioni. Con il nuovo sistema delineato dall'art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in altre parole, le informazioni sono oggettivamente inferiori in termini quantitativi ed anche qualitativi: dunque anche le probabilità di acquisire una piena conoscenza degli atti - o almeno di una parte di essi - sono destinate notevolmente a diminuire. Dalla ridetta minore estensione oggettiva dell'art. 76 deriva pertanto l'esigenza di poter ricorrere in via suppletiva, ossia per le informazioni non altrimenti ottenibili con i meccanismi di cui all'art. 76 (es. verbali della commissione, schede tecniche offerta e dichiarazioni produttore, atti del giudizio di anomalia: in sostanza, la gran parte della documentazione intorno alla quale si sviluppa il contenzioso sugli appalti pubblici), all'istituto ordinario e generale dell'accesso agli atti di cui all'art. 22 della L. n. 241 del 1990.

6.8. A ciò si aggiunga che un termine di impugnazione così breve (30 giorni) deve necessariamente avere come contraltare la disponibilità di *"informazioni adeguatamente dettagliate in ordine alle caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicatario"*, sì da poter effettivamente *"articolare difese compiute"* e *"con piena cognizione di causa"* (Corte di Giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/ 18 - Cooperativa Animazione Valdocco). Il concorrente non aggiudicatario, più specificamente, deve poter apprezzare non soltanto la lesività dell'intervenuta aggiudicazione (o meglio il "sacrificio" della mancata aggiudicazione in suo favore) ma anche la eventuale "illegittimità commessa in proprio danno". E tanto proprio allo scopo di consentire all'interessato di effettuare una "scelta processuale consapevole".

6.9. Pertanto: se la stazione appaltante rifiuta l'accesso (oppure lo differisce per ragioni per lo più legate alla segretezza commerciale dell'offerta tecnica) il

potere di impugnare “non si consuma” ed il termine di impugnazione, in altre parole, non comincia a decorrere.

6.10. Alla luce di quanto appena riportato sia il ricorso originario, sia i motivi aggiunti (sempre proposti in primo grado) si appalesano tempestivi dal momento che, in ordine agli specifici motivi di gravame: il primo è stato presentato (notifica del 22 dicembre 2021) dopo una prima ostensione documentale del 30 novembre 2021; i secondi sono stati formulati (notifica del 7 febbraio 2022) soltanto in seguito alla produzione giudiziale dell'intero giudizio di anomalia (8 gennaio 2022) e successivamente dell'offerta tecnica in formato integrale (3 febbraio 2022);

6.11. Di qui l'accoglimento del primo motivo di appello e la conseguente riforma, sul punto (ossia in merito alla tardività del gravame), della decisione di primo grado.

7. Nel merito il ricorso (ed i connessi motivi di appello di cui ai punti 3.2. e 3.3. della presente parte in fatto) si rivela comunque infondato, e tanto soprattutto ove si consideri che le censure riguardanti la prima classificata riguardano in prevalenza il giudizio di congruità dell'offerta mediante rilievi inidonei ad evidenziare profili di sicura inattendibilità del giudizio espresso dalla stazione appaltante. I diversi profili sostanzialmente evidenziati dalla difesa di parte appellante sono tutti formulati in modo generico o comunque diretto a sovrapporre il proprio giudizio rispetto a quello, di natura tecnico-discrezionale, adeguatamente formulato dalla commissione di gara. Più in particolare:

7.1. Si lamenta la incongruità dell'offerta nella parte relativa agli armadietti, i quali sarebbero soltanto “a chiusura elettrica” e non anche “elettronici”. La censura è generica dal momento che la difesa di parte appellante si concentra sulla diversità di prezzo (tra gli armadietti offerti dalla medesima appellante e quelli offerti dalla prima classificata) senza tuttavia mai evidenziare in cosa consista, in termini concreti, la differenza tecnica e sostanziale tra i due prodotti e, soprattutto, l'eventuale scostamento del prodotto della prima

classificata rispetto alle richieste della legge di gara (cfr. pag. 4 della memoria difensiva in data 9 settembre 2022, laddove si parla soltanto di “un prodotto del tutto diverso”). La specifica censura deve dunque essere respinta;

7.2. Si lamenta la incongruità dell’offerta per alcuni costi non altrimenti conteggiati in sede di verifica di anomalia. Anche tale censura si appalesa generica dal momento che non vengono indicati gli specifici documenti dei giustificativi dai quali dedurre un simile “stralcio”. Difetta in altre parole un sia pur minimo principio di prova. La censura deve essere rigettata;

7.3. Si lamenta la incongruità dell’offerta per la omessa considerazione di costi legati ad alcune specifiche figure professionali (sicurezza, gestione commessa, responsabile del contratto, etc.). Sul punto, in sede di giustificativi, è stato ritenuto che simili oneri non dovevano essere computati in quanto rientranti tra i c.d. “costi indiretti della commessa”. Si rammenta che, per giurisprudenza costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786), sono “costi indiretti della commessa” quelli relativi al personale di supporto all’esecuzione dell’appalto o a servizi esterni, da tener distinti dai “costi diretti della commessa” comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l’esecuzione della specifica commessa. L’obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto. Tanto doverosamente premesso, la difesa di parte appellante non ha giammai posto in discussione una simile qualificazione, in relazione alle predette figure professionali, e ciò con ogni conseguenza in ordine alla

inevitabile genericità della sollevata questione. Anche tale specifico motivo deve dunque essere rigettato;

7.4. Si lamenta altresì la incongruità dell'offerta per la omessa considerazione delle ore da dedicare ai corsi di formazione. Anche tale profilo è stato adeguatamente affrontato in sede di giustificativi. La prima classificata ha al riguardo fatto presente di avere una convenzione già in atto con un ente di formazione e che dunque tutti i costi della formazione sono contemplati all'interno di quello specifico impegno contrattuale. La difesa di parte appellante ritiene che un simile dato sarebbe segnato da "assoluta ipoteticità", trattandosi di "eventi futuri ed incerti". Si veda altresì la memoria in data 9 settembre 2022, laddove si afferma in via del tutto ipotetica e dubitativa che la stessa parte appellante "in alcun modo è in grado di conoscere se verranno eventualmente attivati corsi per le specifiche materie". Trattasi anche in questo caso di censura genericamente formulata dal momento che non viene fornito il sia pur minimo principio di prova che tali corsi – ed ancor prima la suddetta convenzione – non avrebbero mai luogo. Motivo dunque da rigettare;

7.5. Si lamenta poi illogicità e difetto di motivazione nella parte in cui la prima classificata avrebbe ottenuto, per la voce "Migliorie", lo stesso punteggio (ossia quello massimo) parimenti attribuito alla appellante la quale, a suo dire, avrebbe tuttavia formulato un progetto superiore. Va al riguardo premesso che, soltanto in occasione della pubblica udienza, il difensore della parte appellante ha fatto presente che tale criterio sarebbe del tutto sfornito di sottocriteri. Dunque la censura – entro questi specifici termini (mancata declinazione in sottocriteri) – va ritenuta inammissibile in quanto per la prima volta sollevata in occasione della pubblica discussione (cfr. pagg. 26 e 27 dell'atto di appello). Per il resto la censura deve essere rigettata in quanto genericamente formulata. Ciò è piuttosto evidente nella parte in cui si afferma che: "è evidente l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante laddove ha attribuito sia alla Soc. Coop. Città di Potenza sia a Cosmopol il medesimo

punteggio di 12 punti per le “Migliorie” pur in presenza di elementi in cui certamente l’offerta della deducente primeggia in maniera indiscutibile rispetto a quella di controparte” (pag. 26 atto di appello); “le MIGLIORIE offerte dalla deducente sono sensibilmente superiori sia in termini qualitativi che quantitativi rispetto a quelle indicate dalla Soc. Coop. Città di Potenza, con conseguente palese irrazionalità nell’attribuzione di un pari punteggio per le due proposte” (pag. 27 atto di appello). In conclusione anche tale censura deve essere rigettata, data la evidente genericità delle predette formulazioni;

7.6. Con ultima censura (sempre nei riguardi della prima classificata) si invoca la violazione del principio di immodificabilità dell’offerta con particolare riguardo ai costi della manodopera. Si rammenta al riguardo che, per giurisprudenza costante (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2021, n. 5334): a fronte dell’immodificabilità dell’offerta economica nel suo complesso, sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni di costo ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l’offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell’aggiudicazione; ne consegue che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare la complessiva attendibilità dell’offerta consentendo eventuali compensazioni tra sovrastime e sottostime, anche qualora le stesse riguardino il costo della manodopera. Ebbene: se da un lato una lieve modifica (pari a circa 9 mila euro) si è registrata per il costo della manodopera (in ragione di uno scatto stipendiale che la stazione appaltante aveva ritenuto di prendere in considerazione), dall’altro lato la difesa di parte appellante non ha mai dedotto la avvenuta modificazione complessiva dell’offerta economica (cfr. pagg. 28-30 atto di appello). Di qui la infondatezza, altresì, della specifica censura.

7.7. In conclusione il ricorso sollevato nei confronti della prima classificata è nel merito infondato.

8. Di conseguenza non sussiste la necessità di affrontare i due motivi di appello formulati in ordine alla seconda classificata (sopralluogo effettuato da

soggetto delegato dalla sola mandante e omessa indicazione illecito antitrust).  
Ciò in quanto l'esito della gara risulterebbe comunque sfavorevole nei confronti dell'odierna appellante (la commessa resterebbe infatti aggiudicata in favore della prima classificata "Coop. Vigilanza Città di Potenza").

9. In conclusione: il primo motivo di appello deve essere accolto; tutte le restanti censure (corrispondenti a quelle non affrontate dal giudice di primo grado) sono invece da respingere o comunque da ritenere superate, alla luce di quanto affermato al punto n. 8. Di conseguenza la sentenza di primo grado va riformata ed il connesso ricorso ritenuto sì ricevibile ma comunque infondato nel merito.

10. Le spese di lite possono essere integralmente compensate dati l'andamento del giudizio e la peculiarità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe proposto lo accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui alla parte motiva, e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, rigetta nel merito il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

## IL SEGRETARIO