

Publicato il 29/07/2024

N. 04445/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01872/2024 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1872 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Europolice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B10A72508A, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consiglio Regionale della Campania, non costituito in giudizio;

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Michele Cioffi, Tiziana Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Hermes S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a – della Determina di Impegno n. 364 del 27.3.2024, pubblicata in data 4.4.2024, con la quale il Consiglio Regionale della Campania ha disposto di procedere, ai sensi dell'art. 32 co. 6 D.Lgs 36/2023, alla pubblicazione di un appalto specifico nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione attivo presso Consip (Bando pubblicato in GUUE n. S129/2023 e GURI n. 78/2023) per l'affidamento dei Servizi di vigilanza armata delle sedi del Consiglio;

b – della lettera di invito e del Capitolato d'Oneri (paragrafo 6.1.2) in uno a tutta la documentazione di gara approvati con la determina sub a), se intese a limitare la partecipazione a gara della ricorrente, abilitata sulla piattaforma SDAPA con decorrenza dal 4.4.2024;

c – ove occorra, degli atti di CONSIP che hanno comunicato che la abilitazione allo SDAPA nella categoria merceologica di interesse della Società Europolice (4.04.2024), in data successiva alla data di pubblicazione dell'Appalto Specifico (28.03.2024), sarebbe preclusiva della partecipazione dell'operatore economico alla gara (paragrafo 6.1.2 del Capitolato d'oneri) che, del pari, si impugna;

d - di tutti atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

nonché per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla partecipazione all'appalto anche previa declaratoria di nullità degli atti di gara (lettera di invito e Capitolato d'Oneri), nella parte in cui hanno limitato la ammissione alla procedura.

E nel ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato il 23.4.2024

e – della nota CONSIP del 9.4.2024, mai comunicata alla ricorrente e conosciuta a seguito di deposito in giudizio, con la quale si è disposto il diniego di ammissione della Europolice all'appalto specifico indetto dal Consiglio Regionale della Campania sullo SDAPA;

f – ove occorra, della lettera di invito e del Capitolato d'oneri (par. 6.1.2), nella parte in cui hanno limitato la partecipazione unicamente agli operatori già ammessi in piattaforma al momento dell'inoltro della lettera di invito;

g – di tutti atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

nonché per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla partecipazione all'appalto anche previa declaratoria di nullità degli atti di gara (lettera di invito e Capitolato d'Oneri), nella parte in cui hanno limitato la ammissione alla procedura.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Consip Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2024 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato e depositato il 17 aprile 2024, Europolice S.r.l. chiedeva l'annullamento:

- della Determina di Impegno n. 364 del 27.3.2024, pubblicata in data 4.4.2024, con la quale il Consiglio Regionale della Campania ha disposto di procedere, ai sensi dell'art. 32 co. 6 D.Lgs 36/2023, alla pubblicazione di un appalto specifico nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione attivo presso Consip (Bando pubblicato in GUUE n. S129/2023 e GURI n. 78/2023) per l'affidamento dei Servizi di vigilanza armata delle sedi del Consiglio;

- della lettera di invito e del Capitolato d'Oneri (paragrafo 6.1.2) in uno a tutta la documentazione di gara approvati con la determina sub a), se intese a

limitare la partecipazione a gara della ricorrente, abilitata sulla piattaforma SDAPA con decorrenza dal 4.4.2024;

- ove occorra, degli atti di CONSIP che hanno comunicato che la abilitazione allo SDAPA nella categoria merceologica di interesse della Società Europolice (4.04.2024), in data successiva alla data di pubblicazione dell'Appalto Specifico (28.03.2024), sarebbe preclusiva della partecipazione dell'operatore economico alla gara (paragrafo 6.1.2 del Capitolato d'oneri) che, del pari, si impugna;

- di tutti atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché l'accertamento del diritto della Società ricorrente, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla partecipazione all'appalto anche previa declaratoria di nullità degli atti di gara (lettera di invito e Capitolato d'Oneri), nella parte in cui hanno limitato la ammissione alla procedura.

La società ricorrente, premesso di essere affidataria del servizio di vigilanza armata delle strutture del Consiglio Regionale della Campania in corso di esecuzione con scadenza al 30.4.2024 (prorogato al 31.8.2024), lamentava che la Regione Campania, malgrado fosse dotata di una propria piattaforma digitale presso la quale erano stati celebrati i due precedenti affidamenti, con la determina impugnata aveva disposto di procedere alla pubblicazione di un appalto per l'affidamento dei Servizi di Vigilanza Armata delle sedi del Consiglio Regionale nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione attivo presso Consip (Bando pubblicato in GUUE n. S129/2023 e GURI n. 78/2023), ai sensi dell'art. 32 co. 6 D.Lgs. 36/2023, senza la pubblicazione di un avviso di preinformazione ex artt. 28, 72 e 81 del D.Lgs. 36/2023.

Venuta a conoscenza dell'appalto, la Europolice, al fine di partecipare alla gara, chiedeva di essere accreditata per la categoria vigilanza armata presso il suddetto SDAPA della Consip e veniva prontamente accreditata. Tuttavia, malgrado tale iscrizione, la Società non è risultata abilitata alla formulazione della offerta, dal momento che si obiettava che l'ammissione allo SDAPA nella Categoria Merceologica di interesse era avvenuta in data posteriore (4.4.2024)

all'invio, da parte della stazione appaltante, delle lettere di invito all'Appalto Specifico (28.03.2024).

Con il presente ricorso, dunque, la Europolice impugnava gli atti di cui in epigrafe per i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 3, 4 E 32 DEL D.LGS. 36/2023) – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE - ECCESSO DI POTERE (PRETESTUOSITÀ – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA - INIQUITÀ), in quanto l'atto di indizione dell'appalto controverso (Determina di Impegno n. 364 del 27.3.2024) sarebbe stato pubblicato sul Sito della Stazione Appaltante (Amministrazione Trasparente - www.cr.campania.it) solo in data 4.4.2024, momento in cui la Società Europolice risultava già iscritta presso lo SDAPA nella “Categoria merceologica 1 - Vigilanza armata agli immobili in presenza”, per cui avrebbe avuto titolo ad essere invitata alla procedura di gara. Né varrebbe invocare la circostanza che la lettera di invito era stata inviata in data antecedente (ovvero il 28.03.2024) ed il Capitolato d'Oneri limitava la partecipazione ai soggetti iscritti allo SDAPA a tale data, in quanto entrambi sarebbero inefficaci in assenza di pubblicazione dell'avviso di preinformazione.

Inoltre, l'art. 32 c. 3 D. Lgs 36/2023 prevede un termine (minimo) per le offerte, nei sistemi di acquisizione dinamica, di giorni 30; siccome la lettera di invito dell'Appalto controverso ha prescritto che la offerta venga presentata dai concorrenti entro il termine del 6.5.2024, l'accreditamento della Europolice fin dal 4.4.2024 consentirebbe di garantire il rispetto di tale termine minimo.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 3, 4 E 32 DEL D.LGS. 36/2023) – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE - ECCESSO DI POTERE (PRETESTUOSITÀ – SVIAMENTO – ARBITRARIETÀ - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI

ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA - INIQUITÀ), in quanto il ricorso allo SDAPA sarebbe, nel caso di specie, elusivo dei rigidi e tassativi presupposti che delimitano il ricorso a tale speciale strumento di acquisizione di beni e servizi sul mercato. Infatti, l'art. 72 D.Lgs. 36/2023, espressamente richiamato dalla disciplina in tema di “Sistemi dinamici di acquisizione” (art. 32), ha prescritto che la fase di invio delle lettere di invito sia preceduta dalla pubblicazione di un avviso di pre-informazione, al fine di consentire a tutti gli operatori interessati di accreditarsi e concorrere, avviso che è invece mancato nel caso di specie.

Inoltre, il ricorso al Sistema Dinamico di Acquisizione è consentito ex art. 32 d. lgs. 36/2023 solo per gare aventi ad oggetto gli “acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti”, mentre in questo caso la scelta per tale procedura si fondava non già sull'oggetto del servizio (ovvero l'attività di vigilanza armata), ma solo su motivi di tempestività, trasparenza, economicità, efficacia ed efficienza della azione amministrativa.

La Regione Campania si costituiva in giudizio in data 21 aprile 2024 e con memoria depositata il giorno successivo eccepiva:

- l'inammissibilità del ricorso, in quanto la scelta di ricorrere al SDAPA da parte della stazione appaltante rientrava nell'insindacabile ambito del merito amministrativo;
- l'infondatezza del ricorso, in quanto: il servizio di vigilanza armata sarebbe un servizio dalle caratteristiche standardizzate configurabile quindi quale acquisto di uso corrente per tutte le PP.AA.; la pubblicità della gara sarebbe a monte assicurata da tutte le pubblicazioni effettuate, a livello comunitario e nazionale, da parte di Consip, tant'è che la società Europolice risultava già ammessa allo stesso SDAPA per i servizi di vigilanza dal 28.10.2022, per la categoria merceologica “Vigilanza non armata agli immobili in presenza”, mentre il mancato accreditamento per l'appalto in questione dipendeva da un mero errore da parte dei suoi uffici; l'avviso di preinformazione dell'appalto

specifico non sarebbe un obbligo ex se rilevante ai fini della legittimità della gara, in quanto l'assolvimento di tale adempimento assume rilevanza soltanto ai fini della legittimità dell'eventuale disposizione di riduzione dei termini per la presentazione delle offerte (cfr. artt. 71 e 72 del D. Lgs. n. 36/2023), riduzione che nel caso di specie non è stata prevista.

Con motivi aggiunti notificati e depositati il 23 aprile 2024, parte ricorrente impugnava altresì:

- la nota CONSIP del 9.4.2024, mai comunicata alla ricorrente e conosciuta a seguito di deposito in giudizio, con la quale si è disposto il diniego di ammissione della Europolice all'appalto specifico indetto dal Consiglio Regionale della Campania sullo SDAPA;
- ove occorra, la lettera di invito e del Capitolato d'onori (par. 6.1.2), nella parte in cui hanno limitato la partecipazione unicamente agli operatori già ammessi in piattaforma al momento dell'inoltro della lettera di invito;
- tutti atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

Con memoria del 24 aprile 2024, la Regione Campania eccepiva:

- il difetto di competenza del TAR Campania a conoscere del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto aventi ad oggetto atti di gara della Consip rispetto ai quali la competenza spetterebbe al TAR Lazio;
- l'improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per omessa notifica ad almeno un controinteressato;
- l'infondatezza nel merito, in quanto il termine di riferimento, ai fini della trasmissione della lettera d'invito, sarebbe costituito non dal 4.4.2024 (di pubblicazione dell'appalto specifico sul sito regionale, sezione trasparenza, ai sensi del D. Lgs. n. 33/2013), quanto dal 28.3.2024, e cioè dalla data di trasmissione dell'appalto specifico alla piattaforma Consip all'interno dello SDAPA.

Con memoria del 24 aprile 2024, Europolice replicava:

- quanto alla dedotta incompetenza territoriale del T.A.R., che l'appalto avrebbe effetti territoriali limitati solo al territorio della Regione Campania per

cui si radica la competenza del Tar Campania Napoli, indipendentemente dalla sede CONSIP;

- quanto alla presunta omessa notifica ad un “controinteressato”, che il ricorso ed i motivi aggiunti sono stati notificati al controinteressato Hermes.

Con memoria del 26 aprile 2024, la Consip, costituitasi in giudizio in data 21 aprile 2024, osservava che in data 28.10.2022, la società Europolice si era abilitata allo SDAPA Vigilanza, allora indetto ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, unicamente per la categoria merceologica “Servizi di vigilanza non armata agli immobili in presenza”, e che nessuna abilitazione era mai stata richiesta, invece, con riferimento alla diversa categoria merceologica della vigilanza armata; il Consiglio Regionale della Campania ha indetto un appalto specifico sullo SDAPA Consip inviando, in data 28.03.2024, apposita lettera di invito a tutti gli operatori economici che a quella data risultavano abilitati per la categoria merceologica di interesse dell’amministrazione, ovvero la vigilanza armata. La società Europolice, invece, richiedeva di essere abilitata e veniva accreditata solo successivamente, ovvero in data 04.04.2024, quindi dopo l’indizione dell’appalto specifico.

Eccepiva, quindi, l’irricevibilità del ricorso perché tardivo, in quanto il bando è stato pubblicato sulla GUUE n. S129 del 07.07.2023 e sulla GURI n. 78 del 10.07.2023) e sono stati impugnati dalla società ricorrente soltanto il 18.04.2024, unitamente all’indizione dell’Appalto Specifico da parte del Consiglio Regionale della Campania, ma le regole che ledono asseritamente gli interessi della Europolice sarebbero emerse già dagli atti di indizione dello SDAPA Servizi di Vigilanza appunto del 2023; infatti, al paragrafo 6.1.2 del Capitolato d’oneri dello SDAPA Vigilanza, “l’operatore economico, che non sia stato ammesso allo SDAPA al momento dell’invio di una lettera di invito, non potrà partecipare al relativo AS (neanche in forma raggruppata)”.

Tale previsione sarebbe pienamente legittima, in quanto rispecchierebbe il dettato dell’art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti invitano tutti i partecipanti ammessi a

presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, conformemente all'articolo 89 e all'articolo 165”.

In altri termini, secondo la Consip, Europolice non è stata invitata all'appalto specifico in quanto, alla data dell'invito, risultava abilitata allo SDAPA per la sola categoria della vigilanza non armata, e non anche per quella della vigilanza armata, a causa di un errore commesso dai suoi uffici al momento della domanda di ammissione.

Infine, quanto al ricorso alla procedura tramite SDAPA, la Consip osservava come nozione di acquisti “di uso corrente” possono rientrare tutti i beni e i servizi che “non richiedano uno specifico sviluppo per soddisfare le esigenze delle singole stazioni appaltanti” (Cons. Stato, sez. III, 19.1.2018, n. 357). Ebbene, i servizi in questione sarebbero già disponibili sul mercato con caratteristiche utili allo scopo suindicato, senza necessità di alcuno sviluppo o “personalizzazione” del bene.

Le osservazioni, censure ed eccezioni così formulate dalle parti, venivano nuovamente compendiate:

- nella memoria della Regione del 2 maggio 2024 e nella memoria di replica del 20 giugno 2024;
- nelle note di udienza, nella memoria e nella memoria di replica della Consip, rispettivamente del 4 maggio, del 3 giugno 2024 e del 19 giugno 2024 (in cui, peraltro, si richiamava a sostegno della legittimità del proprio operare anche l'art. 34.6 della direttiva n. 2024/24/UE);
- nella memoria del 15 giugno 2024 di Europolice.

All'udienza pubblica del 2 luglio 2024 la causa passava in decisione.

DIRITTO

In via preliminare devono esaminarsi le eccezioni sollevate dalla difesa della Regione Campania e della Consip relative all'incompetenza di questo TAR, all'inammissibilità e alla tardività del ricorso e dei motivi aggiunti.

Rispetto all'eccezione di incompetenza del TAR adito, la difesa regionale sosteneva che, trattandosi di atti di gara adottati da Consip, la competenza

sarebbe spettata al TAR Lazio.

In realtà, correttamente il ricorrente ha incardinato la causa innanzi al TAR Campania, dal momento che si tratta di un appalto relativo a servizio di vigilanza armata della sede del Consiglio della Regione Campania e che, pertanto, la procedura ha effetti limitati al solo territorio regionale. Trova, dunque, piena applicazione il disposto dell'art. 13 c.p.a., ai sensi del quale la competenza spetta al Tribunale Amministrativo Regionale nel caso di «controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede».

Infatti, “in materia di competenza territoriale inderogabile di T.A.R., l'art. 13, commi 1 e 2 cod. proc. amm., nel delineare i rapporti tra il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale secondo una logica di complementarità e di reciproca integrazione, ha inteso chiarire che il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa, cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale, nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un tribunale periferico” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, ord. n. 2029/2022).

Parimenti deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità per mancata notifica ad almeno un controinteressato, dal momento che dagli atti di causa emerge come sia il ricorso introduttivo che i motivi aggiunti siano stati ritualmente notificati alla controinteressata Hermes S.r.l.

Peraltro, trattandosi di impugnativa di atto di esclusione da una procedura di gara, non si ravvisano diretti controinteressati, non sussistendo un interesse legittimo alla restrizione della platea dei concorrenti.

Non v'è infatti obbligo di notificazione ad alcun controinteressato nell'ipotesi d'impugnativa di provvedimenti di esclusione, ai sensi dell'art. 41 del codice del processo amministrativo, in quanto trattasi di atti che hanno come destinatari

solo i soggetti esclusi e rispetto ai quali nessuna posizione di vantaggio si è consolidata in capo agli altri partecipanti al procedimento ancora in itinere. Tanto è stato chiarito, a più riprese, da univoca giurisprudenza (Cons. St., sez.V, 28 agosto 2019 n. 5926; Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2019 n. 5264; T.A.R. Puglia, sez. III, 28 maggio 2019 n. 744; T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2014 n.2550; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002 n. 1687), in particolare con riferimento alla fattispecie nella quale, come nel caso in esame, non è intervenuta ancora alcuna aggiudicazione e non è stato stipulato il contratto. Infondata appare anche l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dalla difesa della Consip e articolata sul rilievo che le regole della gara asseritamente lesive per la ricorrente sarebbero emerse già dal bando pubblicato sulla GUUE n. S129 il 07.07.2023 e sulla GURI n. 78 il 10.07.2023.

Ed invero, rappresenta orientamento consolidato quello secondo cui nell'ambito delle gare ad evidenza pubblica, l'onere di immediata impugnazione del bando recante le norme della lex specialis di gara è essenzialmente circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, ovvero di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, mentre va ritenuto insussistente nei riguardi di ogni clausola che risulti dotata solo di astratta e potenziale lesività; ciò in quanto al di fuori delle ipotesi di clausole immediatamente escludenti, opera la regola secondo cui i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito devono essere impugnati unitamente agli atti che ne costituiscono concreta applicazione, dal momento che solo a questi ultimi deve ascrivere l'attualità e la concretezza della lesione della posizione giuridica di cui è titolare la parte interessata (cfr. TAR Trento, s. n. 129/2023).

Nel caso che qui occupa, è vero che già il Capitolato d'oneri prevedeva che "l'operatore economico, che non sia stato ammesso allo SDAPA al momento dell'invio di una lettera di invito, non potrà partecipare al relativo AS (neanche in forma raggruppata)", ma tale clausola non è immediatamente escludente, in quanto non impedisce di per sé e già in via astratta la partecipazione della

ricorrente al futuro appalto, tenuto conto che, in teoria, la stessa avrebbe potuto pur sempre accreditarsi.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare

Venendo, quindi, al merito del presente ricorso, la società Europolice lamenta di non essere stata ammessa a partecipare all'appalto indetto dalla Regione Campania per la vigilanza armata della sede del Consiglio regionale, da aggiudicarsi tramite Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) attivo presso Consip (Bando pubblicato in GUUE n. S129/2023 e GURI n. 78/2023), in quanto non risultava ancora accreditata presso il sistema di acquisizione al momento in cui il bando stesso è stato caricato sulla SDAPA.

Più precisamente, la società ricorrente si duole del fatto che, a seguito del bando pubblicato in GUUE n. S129/2023 e GURI n. 78/2023, con cui si istituiva il sistema di acquisizione presso Consip, per i servizi in oggetto, l'amministrazione regionale avrebbe deciso in un successivo momento di utilizzare lo SDAPA per aggiudicare l'appalto specifico de quo, senza prima effettuare un'adeguata pubblicità. Pertanto, la Europolice rappresentava che, non potendo essere a conoscenza dell'imminente lancio dell'appalto specifico da parte della Regione sulla piattaforma SDAPA, non aveva provveduto ad accreditarsi presso lo SDAPA, tanto più che la stessa Amministrazione regionale risulta essere dotata di una sua piattaforma ordinaria, già precedentemente utilizzata, presso la quale era accreditata Europolice.

Peraltro, la società ricorrente – nonostante l'omissione dell'avviso di preinformazione- chiedeva di essere ammessa e veniva accreditata presso lo SDAPA in data 4.4.2024 (“Categoria merceologica 1 - Vigilanza armata agli immobili in presenza”), ma le veniva negata la partecipazione all'appalto

rilevando che la lettera di invito era stata già inviata in data antecedente, ovvero il 28.03.2024.

Tale motivazione viene censurata, in quanto l'art. 32 c. 3 D. Lgs 36/2023 prevede un termine (minimo) per la presentazione delle offerte nei sistemi di acquisizione dinamica di giorni 30, per cui, siccome la lettera di invito richiedeva la presentazione delle offerte entro il termine del 6.5.2024, l'accreditamento della Europolice fin dal 4.4.2024 avrebbe consentito di rispettare tale scadenza.

Le censure proposte sono ad avviso del Collegio meritevoli di accoglimento, nei limiti dell'interesse come graduate da parte ricorrente.

Vale premettere come il Sistema Dinamico di Acquisizione, oggi regolato dall'art. 32 D. Lgs 36/2023, costituisca uno strumento di acquisizione strutturato in due fasi strettamente collegate tra di loro.

In primo luogo vi è il Bando istitutivo dello SDAPA, che in virtù della sua natura di atto indittivo di un Sistema Dinamico messo a disposizione dalla centrale nazionale di committenza in favore della generalità delle Pubbliche Amministrazioni, non può per sua natura contenere l'indicazione esatta delle quantità di beni acquistabili da ciascuna PA, posto che lo specifico fabbisogno di ogni categoria merceologica inserita nel Bando non è conosciuto, né conoscibile, da Consip.(cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. IV, 16/10/2023, n. 15289).

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ddd), D.Lgs. 50/2016, il Sistema Dinamico di Acquisizione, costituisce infatti uno "strumento di negoziazione", ovvero uno strumento di acquisizione che richiede "l'apertura del confronto competitivo" nella seconda fase della procedura, non essendo prestabiliti a monte i termini e le condizioni per l'affidamento della commessa nella seconda fase della procedura, essendo sufficiente specificare: "per gli accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema

dinamico di acquisizione” (cfr. art. 35, comma 16. D.lgs. 50.2016) ossia il valore complessivo del Sistema Dinamico.

Invero in linea generale , le stazioni appaltanti possono fare ricorso al sistema dinamico di acquisizione per “acquisti di uso corrente” con caratteristiche generalmente disponibili sul mercato (art. 32 comma 1 D. Lgs 36/2023), mediante pubblicazione di un «avviso di indizione di gara precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione»; inoltre, le stesse «nei documenti di gara precisano almeno la natura e la quantità stimata degli acquisti previsti» (art. 32 comma 6 D. Lgs 36/2023).

In questa prima fase, in cui sostanzialmente viene istituito lo SDAPA da utilizzare per i futuri affidamenti, la giurisprudenza ha precisato che all'interno del bando la stazione appaltante deve individuare la "natura" delle prestazioni da rendere, ma non è tenuta a definire nel dettaglio tutti gli aspetti qualitativi e quantitativi ..." in quanto "il sistema ha una intrinseca flessibilità ed elasticità, nel senso che è "dinamico" non soltanto in ragione della possibilità di ingressi successivi degli operatori, ma anche perché nel periodo di durata ... le stazioni appaltanti devono avere la possibilità di adeguare, entro i limiti prefissati (sulla base dei quali è avvenuta l'ammissione degli operatori economici per le diverse classi di valore), prestazioni e criteri alle proprie esigenze, che possono cambiare nel corso del tempo" (cfr. Consiglio di Stato n. 357/2018).

A questo punto, una volta istituito lo SDAPA, gli operatori economici possono inviare le domande di partecipazione, unitamente alle informazioni richieste nel bando, e verranno ammessi laddove soddisfino i criteri di selezione, secondo quanto oggi disposto dall'art. 32 commi 2, 3, 4 e 7 D. Lgs. 36/2023.

La prima fase , cd. di istituzione, è dunque limitata ad una ammissione in vista di futuri affidamenti, nel senso che gli operatori sono presenti sulla piattaforma , ove possono più agevolmente individuare i bandi inviati dalle singole amministrazioni e decidere se presentare o meno domanda di partecipazione.

La seconda fase , cd. di gestione, si apre quando una singola Amministrazione decide di lanciare, tramite la piattaforma, un appalto specifico e dunque di fare ricorso al sistema dinamico quale procedura per l'aggiudicazione : in tal caso, la norma prevede che le stazioni appaltanti «invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione» (art. 32 comma 8 D. Lgs. 36/2023).

Appare evidente, dunque, come nella procedura in esame la pubblicità e la trasparenza siano garantite soprattutto nella prima fase, ovvero nel momento in cui viene emanato il bando generale con cui si dispone l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione, le sue caratteristiche, la sua durata, ecc.

Nella fase successiva, invece, in cui l'Amministrazione appaltante decide di avvalersi dello SDAPA e di lanciare un appalto specifico tramite la piattaforma, potranno partecipare gli operatori economici che sono stati «ammessi» per quella categoria (cioè che risultano accreditati sul sistema) a presentare offerte. La seconda fase pertanto costituisce la vera e propria gara fra gli operatori economici accreditati.

Il mancato coinvolgimento della ricorrente nella successiva procedura ristretta è nella specie dovuto esclusivamente alla mancata presentazione da parte di quest'ultima della domanda di ammissione al sistema dinamico, prima della pubblicazione del bando specifico regionale, deducendosi che non possa questa figurare fra i soggetti destinatari di comunicazioni dell'appalto specifico ai fini della presentazione delle offerte.

Ebbene, proprio sulla corretta interpretazione delle regole codicistiche che disciplinano questa seconda fase si concentrano le opposte ricostruzioni fatte valere dalla società ricorrente, da un lato, e dalla Regione e dalla Consip, dall'altro.

Infatti, secondo le resistenti, l'art. 32 comma 8 cit., al fine di individuare gli operatori economici che devono essere invitati a presentare offerte, nell'identificarli con «tutti i partecipanti ammessi», farebbe riferimento solo a

quelli che risultino essere stati accreditati sulla piattaforma prima dell'invio delle lettere di invito.

Seguendo questa impostazione nel caso di specie, la ricorrente non avrebbe avuto titolo a partecipare alla gara, atteso che, al momento dell'invio delle lettere di invito, ovvero in data 28 marzo 2024, non era stata ancora ammessa allo SDAPA. In altri termini, l'esclusione dalla procedura sarebbe dovuta esclusivamente alla mancata previa presentazione da parte di quest'ultima della domanda di ammissione allo SDAPA, sicché la stessa non poteva figurare fra i soggetti destinatari di comunicazioni dell'appalto specifico ai fini della presentazione delle offerte, né il sistema le consentiva di presentare offerta pur dopo la ammissione allo SDAPA avvenuta a breve distanza.

La ricostruzione esposta non può, tuttavia, essere condivisa, in quanto va oltre il dato letterale della norma e si pone in contrasto con i principi di buona fede e tutela del legittimo affidamento (art. 5 D. Lgs. 36/2023), di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10 D. Lgs. 36/2023), nonché, soprattutto, di accesso al mercato e concorrenza (art. 3 D. Lgs. 36/2023), principio di particolare importanza in quanto costituisce, per espressa previsione codicistica (art. 4 D. Lgs. 36/2023), criterio interpretativo in base al quale vanno interpretate tutte le norme del codice dei contratti pubblici e che, pertanto, legittima pienamente l'interpretazione dell'art. 32 D. Lgs. 36/2023 offerta in questa sede.

Infatti, la disposizione dell'art. 32 comma 8 D. Lgs. 36/2023, laddove prevede che debbano essere invitati a presentare offerte per l'appalto specifico «tutti i partecipanti ammessi», non può essere intesa nel senso fatto proprio dalla difesa delle resistenti, in quanto la norma non prevede espressamente un termine massimo entro cui gli operatori economici debbano ottenere l'accreditamento.

Anzi, a ben vedere, è lo stesso dato letterale ad offrire un argomento per escludere l'interpretazione restrittiva offerta dalle resistenti, in quanto non solo, come detto, la norma non precisa che gli operatori da invitare siano solo

quelli già precedentemente ammessi, ma, invece, afferma che l'invito deve essere inviato a «tutti» i soggetti ammessi, senza ulteriori specificazioni – ergo, indipendentemente dal momento in cui gli stessi risultano essere stati accreditati sul sistema.

Peraltro non vale richiamare il precedente parzialmente in termini, sentenza n. 15289/2023 TAR Lazio, che risulta laconicamente motivato sul punto, non affrontando le problematiche sollevate dalla ricorrente, limitandosi a rilevare:” Si osserva infatti che non risultando la ricorrente tra i soggetti ammessi allo SDAPA Consip 2022 – in ragione della mancata presentazione nei termini della relativa domanda alla centrale nazionale di committenza – la stessa non avrebbe potuto essere invitata in ogni caso all'Appalto Specifico in questione, in quanto non presente nella relativa lista della piattaforma informativa, essendo stata la stessa ammessa allo SDAPA soltanto il 4 luglio 2023.”.

In mancanza, dunque, di un espresso limite normativo, ritiene questo Collegio che l'applicazione del principio di accesso al mercato e concorrenza ex art. 3 D. Lgs. 36/2023 – che in base all'art. 4 D. Lgs. 36/2023 si pone come privilegiato canone ermeneutico, che deve guidare l'interprete nella ricostruzione di tutte le norme del codice – impone di interpretare l'art. 32 comma 8 nel senso che «tutti i partecipanti ammessi» hanno diritto di accedere alla gara, per cui il limite temporale massimo va individuato solo in relazione al termine previsto per la presentazione delle offerte, unico parametro certo e inequivoco, nonché coerente con il principio di massima partecipazione.

In altri termini, tutti i soggetti ammessi allo SDAPA prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte devono poter partecipare alla gara , dal momento che l'effetto a cui le stese si espongono in tale evenienza , in applicazione del principio di autoresponsabilità, è unicamente quello di dover rispettare comunque i termini perentori, senza possibilità di proroghe.

Una siffatta interpretazione, peraltro, si pone in armonia con l'intero sistema delineato dal codice dei contratti pubblici, in quanto, per esigenze di coerenza

e in base a un principio di non discriminazione, occorre assicurare anche ai partecipanti a un Sistema Dinamico di Acquisizione condizioni equivalenti a quelle garantite nelle altre procedure di gara.

Osserva in proposito il Collegio che per le procedure di gara costituisce principio generale quello secondo cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai partecipanti prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, non essendo sancito in alcuna disposizione che i requisiti vadano richiesti ad un momento anteriore alla pubblicazione del bando stesso.

Costituisce invero giurisprudenza consolidata quella per cui i requisiti di ammissione previsti dalla lex specialis debbono invero essere posseduti dal concorrente a partire dal momento della presentazione dell'offerta e sino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale (Ad., Penaria n. 7/2024, nonché Cons. Stato, Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2022, n. 3439; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856; Cons. Stato, sez. IV, 1° aprile 2019, n. 2113).

In altri termini, il possesso dei requisiti di partecipazione va ancorato non già al momento di indizione della gara, bensì al termine di scadenza per la presentazione delle offerte. Diversamente, si comprometterebbe il principio della più ampia partecipazione al bando a danno delle imprese che, pur non possedendo i requisiti richiesti, siano in grado di procurarseli nel tempo concesso per formulare l'offerta.(cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n.4492 del 1° giugno 2022).

Viene, invece, in considerazione la regola generale, costantemente affermata in giurisprudenza, che abilita alla presentazione delle proposte negoziali le imprese in possesso dei richiesti requisiti (sia in quanto già posseduti, sia in quanto strumentalmente acquisiti) al momento di scadenza del termine di efficacia del bando di gara, entro il quale l'offerta deve pervenire alla stazione appaltante (tra le tante, cfr. Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2849).

Dunque il possesso dei requisiti di partecipazione va, di necessità ed in via di principio, ancorato non già al momento di indizione della gara (con la pubblicazione del bando), ma alla scadenza di tale termine minimo di efficacia dello stesso. Diversamente, si legittimerebbe una abusiva compromissione della più ampia facoltà di partecipazione, in danno delle imprese che, pur non possedendo i requisiti richiesti, siano in grado di procurarseli nel tempo concesso per formulare l'offerta.

Il Collegio condivide pienamente il principio affermato dal giudice di appello per cui “la determinazione di una data diversa, non coincidente con quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande, implica di per sé il concreto rischio che possano esservi vantaggi solo per alcuni degli appartenenti alla categoria, con esclusione degli altri e, dunque, ingiustificate disparità di trattamento” (Cons. Stato, III, 17 giugno 2016, n. 2689).

Da ultimo, va esaminato l'argomento esposto dalla difesa della Consip a sostegno della propria opzione ermeneutica ,ovvero la disposizione della direttiva comunitaria nella parte in cui ha previsto il sistema SDAPA- art. 34 co 6- secondo cui :

” 6. Le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, conformemente all'articolo 54. Se il sistema dinamico di acquisizione è stato suddiviso in categorie di prodotti, lavori o servizi, le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti i partecipanti ammessi alla categoria che corrisponde allo specifico appalto a presentare un'offerta.”

L'utilizzo, tanto nella disposizione nazionale che in quella europea, del participio passato “ammessi” indicherebbe univocamente che non è consentito invitare alla procedura operatori che, alla data dell'indizione dell'AS, risultino ‘ammittendi’ – in quanto abbiano eventualmente solo presentato la domanda di abilitazione senza che la stessa sia stata ancora accolta dalla stazione appaltante – né tanto meno operatori che, come nella

specie Europolice, a quella stessa data non avevano nemmeno presentato la domanda in questione.

Si tratterebbe secondo la tesi della resistente, di un sistema analogo a quello della prequalificazione, nelle procedure ristrette.

La tesi non merita condivisione, in quanto ad avviso del Collegio l'argomento letterale è debole, non esprimendo univocamente una opzione per i soli operatori accreditati al sistema, e dovendo le disposizioni codicistiche essere intese nel senso del favor participationis. Anzi, il participio passato "ammessi" ben potrebbe riferirsi a quelli ammessi prima della data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

D'altro lato, il richiamo all'art. 72 del codice sulle procedure ristrette non giustifica la limitazione predicata dalle resistenti, atteso che detta norma dispone:" 1. Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante."

Dunque qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di indizione di gara; e solo gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta, a seguito della valutazione da parte delle stazioni appaltanti delle informazioni fornite.

Tuttavia l'art. 32 precisa che " per l'aggiudicazione" si osservano le norme previste per la procedura ristretta, quindi il rinvio è limitato a tali effetti, sì che non può sostenersi che la prima fase dell'accreditamento al sistema vada intesa come una prequalificazione restrittiva delle possibilità di partecipazione alla procedura.

Ne consegue, conclusivamente, che, essendo stata la società Europolice ammessa allo SDAPA "Categoria merceologica 1 - Vigilanza armata agli immobili in presenza" in data 4 aprile 2024, tenuto conto che il termine per la presentazione delle offerte scadeva il 6 maggio 2024, la disposta esclusione si

appalesa illegittima, unitamente ai preordinati atti della lettera di invito e del capitolato di oneri .

Assorbiti gli altri motivi di ricorso, gli atti impugnati vanno annullati, nei limiti dell'interesse di parte ricorrente, ovvero nella parte in cui hanno disposto la sua esclusione dalla procedura de qua.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti , li accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla la disposta esclusione della ricorrente dalla gara de qua, nonché i preordinati atti ovvero la lettera di invito e il Capitolato d'oneri (par. 6.1.2), nella parte in cui hanno limitato la partecipazione unicamente agli operatori già ammessi in piattaforma al momento dell'inoltro della lettera di invito.

Condanna la Regione e la Consip al pagamento in favore della ricorrente della somma di euro 3000,00 in solido oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO