

N. 01235/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00168/2011 REG.RIC.
N. 00435/2011 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 per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 168 del 2011, proposto da:

Italpol Vigilanza Milano Srl, anche quale mandatataria dell'R.T.I. con Sicuritalia Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Chiara Ghidotti e Marco Napoli, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

contro

Società Per L'Aeroporto Civile di Bergamo Orio al Serio - S.A.C.B.O. Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Bertacchi e Caterina Bonomelli, con domicilio eletto presso Caterina Bonomelli in Brescia, C.Da Cavall., 25;

nei confronti di

Sipro Sicurezza Professionale Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emanuela Paoletti e Francesco Paoletti, con domicilio eletto in Brescia presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Fidelitas Spa, La Ronda Servizi di Vigilanza Spa, Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte Srl, Istituto di Vigilanza Città di Treviglio Srl, rappresentate e difese dagli avv.ti Tullio

Castelli, Giorgio Orsoni e Bruna Lazzerini, con domicilio eletto presso Tullio Castelli in Brescia, via Crispi, 3;

sul ricorso numero di registro generale 435 del 2011, proposto da:

Fidelitas Spa, La Ronda Servizi di Vigilanza Spa, Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte Srl, Istituto di Vigilanza Città di Treviglio Srl, rappresentate e difese dagli avv.ti Tullio Castelli, Giorgio Orsoni e Bruna Lazzerini, con domicilio eletto presso Tullio Castelli in Brescia, via Crispi, 3;

contro

Sacbo Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Bertacchi e Caterina Bonomelli, con domicilio eletto presso Caterina Bonomelli in Brescia, C.Da Cavall., 25;

nei confronti di

Italpol Vigilanza Milano Srl anche in A.T.I. con Sicuritalia Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Chiara Ghidotti e Marco Napoli, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

Sicuritalia Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 168 del 2011:

- del provvedimento, reso noto in data 7 gennaio 2011, con cui la commissione di gara nominata da S.A.C.B.O. s.p.a. ha escluso il R.T.I. odierno ricorrente dalla procedura indetta dalla stessa per l'affidamento in "appalto di servizi di vigilanza e sicurezza nell'ambito dell'aeroporto di Bergamo Orio al Serio";
- del verbale di gara del 4 gennaio 2011 con cui detta esclusione è stata disposta;
- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso e ciò con particolare riferimento ai successivi verbali della procedura ed al provvedimento con cui SACBO risulta aver aggiudicato l'appalto de quo all'odierna controinteressata;

e per la conseguente condanna

della società intimata al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico;

B) quanto al ricorso n. 435 del 2011:

per quanto attiene al ricorso introduttivo:

- della comunicazione SACBO s.p.a. con la quale, previa riammissione del raggruppamento Italtel Vigilanza di Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a., sono state fissate, per la prosecuzione della gara, le sedute del 4 marzo e del 7 marzo 2011;

- dei provvedimenti presupposti e non conosciuti;

- dei verbali di gara del 4 marzo e del 7 marzo 2011, non conosciuti;

- degli eventuali ulteriori verbali non noti;

- della graduatoria ivi stilata;

- dell'aggiudicazione provvisoria a favore del raggruppamento Italtel Vigilanza di Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a., comunicata con nota del 15 marzo 2011, n. 11-1233/CFO/APS;

- dell'eventuale provvedimento, non conosciuto, di aggiudicazione definitiva ove disposta e del contratto ove stipulato;

- dei verbali di gara 15 dicembre 2010, 20 dicembre 2010 e 4 gennaio 2011 e dei verbali delle sedute riservate del 4, 5 e 10 gennaio 2011 e della seduta pubblica del 14 gennaio 2011, laddove non dispongono alcuna cautela per la conservazione delle offerte;

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

per quanto attiene al ricorso per motivi aggiunti:

- dei verbali di gara della Commissione di gara delle sedute pubbliche e riservate del 4 marzo e del 7 marzo 2011, conosciuti il 29 marzo 2011;

- degli eventuali ulteriori verbali non noti;

- della graduatoria ivi stilata;

- dell'aggiudicazione provvisoria a favore del raggruppamento Italtel Vigilanza di Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a., comunicata con nota del 15 marzo 2011, n. 11-1233/CFO/APS;

- dell'eventuale provvedimento, non conosciuto, di aggiudicazione definitiva ove disposta e del contratto ove stipulato;
- del verbale della seduta pubblica del 4 marzo laddove non ha disposto alcuna cautela per la conservazione delle offerte;
- ove occorra del bando e del disciplinare di gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Per L'Aeroporto Civile di Bergamo Orio al Serio - S.A.C.B.O. Spa e di Sipro Sicurezza Professionale Srl e di Sacbo Spa e di Itapol Vigilanza Milano Srl anche in A.T.I. con Sicuritalia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 la dott.ssa Mara Bertagnoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Itapol Vigilanza Milano s.r.l. (di seguito Itapol) ha partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza in ambito aeroportuale bandita dalla SACBO s.p.a..

Tra i requisiti di partecipazione era richiesta l'autorizzazione ex art. 134 del T.U.L.P.S. – R.D. 773 del 18 giugno 1931, rilasciata dalla Prefettura di Bergamo” ovvero, come successivamente chiarito, una “licenza emessa dalla Prefettura della provincia dove ha sede il concorrente, se la stessa è rilasciata per l'esercizio dell'attività in più province inclusa quella di Bergamo”.

I concorrenti, inoltre, dovevano obbligarsi “in caso di affidamento del servizio, ad ottenere entro 60 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, la certificazione rilasciata dall'ENAC”, relativa al possesso di tutti i requisiti richiesti dal D.M. 85/1999 per l'esercizio dell'attività di vigilanza in aeroporto.

Ciò in ragione del fatto che la specifica normativa regolamentare per la vigilanza in aeroporto richiede, oltre all'ordinaria licenza per la vigilanza armata di cui all'art. 134 del TULPS, anche l'apposita abilitazione rilasciata dall'ENAC alla luce dei decreti del Ministero dei trasporti 29 gennaio 1999, n. 85 e 23 febbraio 2000.

Italpol (mandataria) e Sicuritalia (mandante) sarebbero entrambe in possesso di licenza ex art. 134 rilasciata dalla prefettura di Milano, ma autorizzante i due istituti a operare anche nella provincia di Bergamo. La prima, precedentemente alla pubblicazione del bando, aveva ottenuto anche l'autorizzazione dell'ENAC all'erogazione dei servizi presso l'aeroporto di Bergamo, mentre la Sicuritalia, già autorizzata per Linate, Malpensa e Roma Urbe, si è impegnata ad ottenere l'autorizzazione entro 60 gg.

La commissione di gara, però, avrebbe travisato tali circostanze, non avvedendosi, con riferimento a Italpol, che questa doveva ritenersi autorizzata a prestare il servizio presso Bergamo, in ragione dell'intervenuta emissione dell'attestato di idoneità dell'Enac e ravvisando nell'autorizzazione posseduta da Sicuritalia per la prestazione del servizio in altri aeroporti un ostacolo ad ottenere la stessa per l'aeroporto di Bergamo.

L'esclusione che ne è derivata sarebbe illegittima in ragione dell'intervenuta violazione della lex specialis di gara, dell'art. 134 del R.D. 18 giugno 1931 n. 773 e dell'art. 257 ter del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, dei decreti ministeriali 29 gennaio 1999, n. 85 e 23 febbraio 2000, della circolare del Ministero dell'interno n. 557/B.24489.10089.D.1(1) del 27 febbraio 2003.

Con riferimento a Sicuritalia, in particolare, la stessa lettura della licenza evidenzerebbe come la medesima fosse autorizzata a prestare servizio in tutta la provincia di Bergamo, come sottolineato anche nella nota prefettizia n. 10341 del 12 gennaio 2011.

Peraltro la commissione sembrerebbe aver ritenuto insufficiente tale autorizzazione per mancanza dell'abilitazione ENAC all'erogazione dei servizi presso l'aeroporto di Orio al Serio, dimenticando che il disciplinare di gara prevedeva l'obbligo di produrre tale autorizzazione solo entro il termine di 60 giorni dall'eventuale autorizzazione. E

Sicuritalia si è espressamente assunta l'onere di ottemperare a tale obbligo in caso di aggiudicazione e, quindi, di ottenere la successiva annotazione dell'autorizzazione nella licenza prefettizia. Non si poteva, quindi, secondo la tesi di parte ricorrente, pretendere che la licenza riportasse già l'autorizzazione ENAC che il disciplinare consentiva di acquisire entro 60 giorni dall'aggiudicazione.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, sostenendo l'infondatezza del ricorso. L'esclusione delle ricorrenti sarebbe stata determinata, infatti, da una rigida applicazione della lex specialis, in ragione dell'accertata falsità della dichiarazione attestante il possesso di una licenza rilasciata dal Prefetto di Bergamo (in entrambe i casi risulta essere stata rilasciata dal Prefetto di Milano) e dalla circostanza per cui solo per la Italtel la stessa risulta estesa all'aeroporto di Bergamo.

A tale proposito parte resistente ha evidenziato come, al contrario di quanto affermato da parte ricorrente, l'iter preordinato all'ottenimento delle autorizzazioni necessarie all'espletamento del servizio in parola sarebbe, dopo la novella del DPR 153/2008, tale per cui l'operatore deve, in primo luogo, ottenere la licenza ex art. 134 TULPS, che rappresenta un prerequisito all'abilitazione ENAC (ai fini del rilascio della quale la prefettura deve valutare apparato, personale, qualificazione professionale, i quali debbono essere commisurati al servizio da svolgere), solo dopo aver ottenuto tale licenza esso potrà richiedere l'abilitazione all'ENAC e, poiché quest'ultima potrebbe anche essere negata, sarebbe opportuno fosse prescritta, in tal caso, la restituzione della licenza prefettizia.

Con successiva memoria la stessa parte resistente ha ribadito la tesi secondo cui l'esclusione sarebbe legittima in ragione della mancanza, in capo a Sicuritalia, del requisito di un'autorizzazione prefettizia estesa all'aeroporto di Orio al Serio.

Con ordinanza n. 211/11 è stato disposto il rinnovo delle operazioni di gara ammettendo anche la ricorrente.

Avverso l'ordinanza è stato proposto appello avanti il Consiglio di Stato, che lo ha rigettato con ordinanza n. 1412/11.

Nel giudizio è, quindi, intervenuta Fidelitas s.p.a., anche quale capogruppo del R.T.I. con Ronda Servizi di Vigilanza s.p.a., Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte s.r.l. e

Istituto di Vigilanza Città di Treviglio s.r.l. (di seguito Fidelitas), risultato secondo classificato nella gara che ha visto l'esclusione di Italpol e l'aggiudicazione a Sicurezza Professionale s.r.l. (mediante i provvedimenti impugnati con ricorso sub R.G. 166/2011), la cui posizione giuridica soggettiva è risultata lesa dalla riammissione alla gara di Italpol-Sicuritalia.

A seguito della riedizione del potere in ottemperanza all'ordinanza n. 211/11, la quale ha condotto ad individuare quale aggiudicatario il raggruppamento Italpol-Sicuritalia, Fidelitas ha contestualmente notificato ricorso per motivi aggiunti nell'ambito del ricorso iscritto sub R.G. 166/2011 e un autonomo ricorso avverso gli ulteriori atti della procedura di gara, iscritto sub R.G. 435/2011.

Con quest'ultimo è stata dedotta, in primo luogo, la violazione della lex specialis di gara - che prevedeva l'espletamento delle fasi di gara, in quanto la riammissione del raggruppamento Italpol-Sicuritalia è avvenuta successivamente al completamento delle fasi procedurali preordinate alla redazione della graduatoria - nonché del principio della par condicio (che potrebbe essere garantito solo se i criteri di attribuzione dei punteggi fossero del tutto automatici). Inoltre la nuova valutazione delle offerte sarebbe illegittimamente avvenuta ad opera della medesima commissione di gara e senza la previa adozione di alcuna misura per garantire la corretta conservazione delle offerte.

In ogni caso sarebbe illegittima la riammissione alla gara del raggruppamento Italpol, in quanto Sicuritalia non sarebbe stata in possesso, all'atto della presentazione dell'offerta, di un'autorizzazione prefettizia estesa alla Provincia di Bergamo, né avrebbe richiesto la stessa e tale adempimento non sarebbe comunque stato consentito successivamente né dal bando, né dalla legge.

Con ricorso per motivi aggiunti Fidelitas s.p.a. ha impugnato anche l'aggiudicazione nei confronti della controinteressata, ritenendola illegittima in ragione dell'attribuzione dei punteggi solo numerici a fronte di una clausola indeterminata quale quella del punto 12 del disciplinare di gara, (che individua tre elementi di valutazione - progetto tecnico, proposte migliorative e precedente esperienza fissando solo il punteggio massimo e richiamando il metodo del confronto a coppie),

la quale non consentirebbe alcun controllo sulla ragionevolezza e logicità relativa alla medesima attribuzione.

Peraltro non risulterebbe essere stata adottata alcuna misura di sicurezza per la conservazione delle offerte ed, infine, il peso attribuito al prezzo sarebbe squilibrato: esso non solo determina l'attribuzione di 70 punti, ma attraverso un metodo di attribuzione del punteggio che rende ancora più neutrale l'offerta tecnica. È sufficiente, infatti, uno scarto di soli 5 punti percentuali per vanificare qualsiasi differenziale di punteggio tecnico.

Nel successivo ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto i medesimi atti impugnati con il ricorso sub R.G. 435/11, la Fidelitas ha, quindi, impugnato il bando di gara e gli atti applicativi dello stesso, in ragione dell'indeterminatezza dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ponderazione dei diversi elementi, la quale integrerebbe una violazione dell'art. 83, richiamato dall'art. 206, del d. lgs. 163/2006.

La stessa norma risulterebbe violata anche dalla previsione, nello stesso paragrafo 12 del disciplinare di gara, di una formula matematica che, nel caso di specie, determinerebbe un effetto distorsivo della ponderazione attribuita.

Infine il bando sarebbe illegittimo nella parte in cui ha ammesso che l'autorizzazione ENAC potesse essere ottenuta anche successivamente alla presentazione delle offerte. Parte ricorrente ha, infine, censurato anche l'attribuzione del punteggio in sola forma numerica, pur in presenza di criteri, come sopra già evidenziato, assolutamente generici.

Si è costituita in giudizio SACBO s.p.a. eccependo, nel merito, l'infondatezza del ricorso, in specie nella parte in cui censura il rinnovo delle operazioni di gara, precisando che la nomina di una nuova commissione di gara non avrebbe avuto alcun significato, considerato che le schede di valutazione dei singoli commissari erano già state rese pubbliche. In ogni caso il sistema di valutazione imposto dal disciplinare di gara avrebbe comunque ridotto al minimo la possibilità di discrezionalità nella valutazione dell'offerta tecnica (anche in considerazione del fatto che la valutazione

finale deriva dalla media delle singole valutazioni personali dei componenti la commissione), esclusa in relazione all'offerta economica.

Per quanto attiene, invece, alla sicurezza delle offerte, essa risulterebbe garantita dal fatto stesso che si è trattato di una gara telematica.

In vista della pubblica udienza, Sacbo s.p.a. ha, quindi, prodotto una memoria, nella quale ha eccepito l'infondatezza di tutti i ricorsi e dei successivi motivi aggiunti, attesa la legittimità del comportamento della stazione appaltante sia in occasione del primo svolgimento delle operazioni di gara, che della loro successiva rinnovazione in ottemperanza all'ordinanza n. 211/2011. In particolare si insiste sulla carenza del necessario requisito, in capo a Sicuritalia, della previa estensione dell'autorizzazione Prefettizia all'aeroporto di Bergamo

Sicurezza Professionale s.r.l. (già aggiudicataria in esito all'originario svolgimento della gara) ha depositato memoria solo con riferimento al ricorso sub R.G. 168/2011, ribadendo come Sicuritalia fosse priva del requisito rappresentato dall'intervenuta richiesta di estensione dell'autorizzazione prefettizia all'ambito dell'aeroporto di Bergamo.

La successiva valutazione dell'offerta del raggruppamento in prima battuta escluso violerebbe, inoltre, il principio della par condicio tra i concorrenti.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2011 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, che hanno richiesto la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati, i quali vedono contrapposte le stesse parti e hanno ad oggetto i medesimi provvedimenti. Ragioni di ordine logico e di efficienza ne impongono, quindi, la trattazione congiunta.

Con il primo ricorso, rubricato sub R.G. 168/2011, il raggruppamento Itapol-Sicuritalia ha inteso censurare la propria esclusione dalla gara in ragione della ravvisata, ma contestata dalla ricorrente, carenza dei requisiti professionali ed in

particolare della specifica autorizzazione di polizia abilitante allo svolgimento del servizio di vigilanza presso l'aeroporto di Bergamo – Orio al Serio.

A tale proposito deve essere necessariamente premesso che, alla luce della vigente normativa, appare del tutto irrilevante la circostanza che le autorizzazioni possedute da tali società siano state rilasciate dal Prefetto di Milano, anziché quello di Bergamo, purchè la loro efficacia sia stata estesa, mediante il ricorso al procedimento amministrativo a ciò preordinato, anche a quest'ultima provincia.

Ciò chiarito, al fine dell'opportuna delimitazione della questione controversa, si deve precisare come, dall'esame dei documenti depositati, appaia chiaramente la circostanza per cui l'autorizzazione rilasciata ad Italpol il 23 agosto 2010, espressamente autorizza la stessa società "a prestare servizi di vigilanza autorizzati anche presso l'ambito aeroportuale di Bergamo Orio al serio": tutto ciò richiamando l'attestato di idoneità rilasciato da ENAC il 19 aprile 2010.

Sicuritalia, invece, è in possesso della licenza prefettizia per lo svolgimento dei propri servizi genericamente estesa anche alla provincia di Bergamo, ma con riferimento allo specifico servizio di vigilanza presso aeroporti essa risulta limitata ai soli aeroporti di Malpensa e Linate.

Se ne inferisce che la carenza di requisito contestata al raggruppamento ricorrente è in concreto rappresentata dalla mancata estensione dell'autorizzazione già posseduta da Sicuritalia all'ambito dell'aeroporto di Orio al Serio.

Secondo la costruzione di parte ricorrente, ciò non avrebbe, però, potuto determinare l'esclusione dalla partecipazione alla gara in quanto il disciplinare di gara parrebbe consentire al concorrente che non ne sia già in possesso, di assumere (mediante apposita dichiarazione) l'impegno a produrre il certificato attestante l'idoneità allo svolgimento del servizio di sorveglianza presso l'aeroporto di Bergamo, rilasciato da ENAC, entro 60 giorni dall'eventuale aggiudicazione. Una tale interpretazione della *lex specialis* risulta essere confortata anche dai chiarimenti in tal senso forniti dalla stazione appaltante, la quale ha indicato come sufficiente al rispetto degli obblighi documentali, il fatto che vi sia stata inoltrata la richiesta di estensione della licenza all'ambito del territorio della Provincia di Bergamo.

Ciò acclarato, poiché l'estensione della licenza non può che essere successiva a tale certificazione – dal momento che si tratterebbe di una mera presa d'atto ed aggiornamento della licenza in ragione dell'ampliamento dell'idoneità accertata da ENAC - anche il provvedimento prefettizio deve intendersi come suscettibile di una successiva produzione a seguito dell'ottenimento dell'idoneità.

Tale ricostruzione del complesso rapporto tra normativa che disciplina in generale le autorizzazioni di polizia e quella specifica, avente ad oggetto, l'abilitazione allo svolgimento della specifica attività di sorveglianza presso gli aeroporti, appare in effetti convincente.

Le norme di riferimento sono rappresentate dall'art. 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, il quale, nel disciplinare il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 134 del TULPS, prevede espressamente, all'ultimo periodo del quarto comma della formulazione conseguente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lettera h9 del DPR 4 agosto 2008, n. 153, che “Sono fatte salve le disposizioni di legge o adottate in base alla legge che, per determinati servizi, materiali, mezzi o impianti, prescrivono speciali requisiti, capacità, abilitazioni o certificazioni”.

Nel caso di specie la norma speciale di riferimento è rappresentata dal D.M. 17 marzo 1999, n. 85, al cui art. 4 è previsto che i servizi di cui all'articolo 2 (e cioè i servizi di controllo di sicurezza in ambito aeroportuale, quali controllo di passeggeri in partenza e transito, controllo radioscopico o con altri tipi di apparecchiature del bagaglio al seguito dei passeggeri, controllo radioscopico o con altri tipi di apparecchiature dei bagagli da stiva, della merce e dei plichi dei corrieri espresso) possano essere affidati, dalle società di gestione aeroportuale, “a imprese di sicurezza in possesso dei requisiti previsti dal presente regolamento nonché dell'autorizzazione prefettizia di cui all'articolo 134 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773”. Il successivo DM 23 febbraio 2000, n. 254100 prevede – all'art. 1, rubricato Accertamento dei requisiti – che “L'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.) ed il Ministero dell'interno - Dipartimento della pubblica sicurezza accertano i requisiti tecnico-professionali delle imprese di sicurezza e del personale addetto ai controlli di sicurezza, secondo le modalità stabilite nel presente

decreto.”. Queste ultime sono precisate dal successivo art. 2 del medesimo Decreto Ministeriale che recita: “1. Le imprese di sicurezza, già in possesso della licenza di cui all'art. 134 T.U.L.P.S., al fine di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-professionali previsti nell'allegato A del decreto ministeriale 29 gennaio 1999, n. 85, devono produrre, per il tramite del titolare della ditta per l'impresa individuale, ovvero del legale rappresentante della società, apposita istanza all'E.N.A.C. Per l'esame delle istanze l'E.N.A.C. promuove una conferenza di servizi con gli uffici di polizia di frontiera competenti per territorio. 2. All'istanza di cui al comma 1 deve essere allegata la documentazione idonea a dimostrare il possesso dei seguenti requisiti professionali, tecnici e finanziari:...omissis...”. La certificazione in parola si differenzia, quindi, da quella disciplinata dal successivo art. 4 e relativa all'accertamento del possesso dei requisiti professionali richiesti al personale adibito ai controlli di sicurezza e di tale differenza risulta essere perfettamente a conoscenza anche la stazione appaltante laddove ha espressamente previsto nel disciplinare di gara, da un lato che l'aggiudicatario debba provvedere, entro 60 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ad ottenere la “certificazione rilasciata dall'ENAC, attestante l'accertamento, in capo all'operatore economico, dei requisiti richiesti per lo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto dal DM 19 gennaio 1999, n. 85, dal DM 23 febbraio 2000 ...e delle circolari Enac”, nonché a garantire la “presenza nel proprio organico di almeno n. 150 unità con la qualifica di GPG,....in possesso.....della certificazione di cui all'art. 4 comma 4 del D.M. 23 febbraio 2000”. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, appare chiaro come si possa, preliminarmente, distinguere la condizione propria dell'Istituto già in possesso della licenza ex art. 134 TULPS (che, quindi, deve essere solo estesa all'ambito dello specifico aeroporto presso cui deve essere prestata la sorveglianza), da quella di un nuovo Istituto privo di licenza ex art. 134 TULPS.

Nel primo caso, come chiarito anche dal documento 5 allegato alla costituzione di Sacbo del 22 febbraio 2011 (parere del Ministero), per poter svolgere servizio di sorveglianza presso uno specifico aeroporto, l'Istituto di Vigilanza sembrerebbe obbligato ad ottenere la certificazione di idoneità ex art. 2 D.M. 23 febbraio 2000, da

prodursi alla Prefettura, affinché questa possa disporre un'automatica estensione dell'autorizzazione all'ambito aeroportuale. Si tratterebbe, in sostanza, di una modifica dell'autorizzazione analoga a quella necessaria nel caso dell'estensione a nuovi Comuni la quale, però, per la particolarità dell'attività da svolgersi, necessita di previa certificazione di idoneità dell'ENAC.

Al contrario, per l'Istituto che non sia già in possesso dell'autorizzazione ex art. 134, l'iter previsto dalla norma richiederebbe prima l'accertamento dei requisiti per l'espletamento dell'attività di vigilanza (in generale), con conseguente rilascio dell'autorizzazione ex art. 134 TULPS generica e relativa all'ambito provinciale, salvo per quello speciale aeroportuale. Ad esso dovrebbe fare seguito la richiesta della necessaria certificazione dell'idoneità all'esercizio della vigilanza in ambito aeroportuale rilasciata dall'ENAC (alla quale risulta demandata, in caso di ambiti aeroportuali, quell'attività di valutazione dell'adeguatezza del progetto di gestione del servizio normalmente svolta dalla Prefettura): qualora quest'ultimo ente neghi l'autorizzazione, il fatto dovrebbe essere rappresentato alla prefettura perché provveda al ritiro della licenza rilasciata.

Nel caso di specie, Sicuritalia era già in possesso di un'autorizzazione riferita alla Provincia di Bergamo e, per quanto riguarda Milano, anche ai relativi aeroporti: essa non necessitava, quindi, di una nuova autorizzazione ex art. 134 del TULPS, bensì di un'estensione di quella già posseduta, previa acquisizione di quel giudizio di idoneità di competenza dell'ENAC che, in conformità al disciplinare di gara che ne prevedeva la possibilità, essa si è impegnata a produrre entro sessanta giorni dall'eventuale aggiudicazione.

La correttezza di tale ricostruzione del quadro normativo appare confermata dal fatto che, analizzando la documentazione prodotta dall'istituto di vigilanza risultato aggiudicatario (Sicurezza Professionale s.r.l.), si può evincere come la stessa SIPRO abbia sollecitato il rilascio della certificazione ad ENAC "al fine di ottemperare a quanto voluto dalla Prefettura di Milano per il rilascio dell'estensione della Licenza di Polizia dello scrivente Istituto di Vigilanza privata presso lo scalo aeroportuale di Orio al Serio Bergamo" e l'ENAC ha rilasciato l'attestazione (il 29.11.2010) ricordando alla

società che essa dovrà richiedere alla Prefettura di Bergamo l'estensione della licenza per operare nella suddetta Provincia.

Quindi, poiché l'estensione della licenza da parte della Prefettura segue e non precede il giudizio di idoneità dell'ENAC, nel momento in cui la stazione appaltante ha previsto nel bando la possibilità di presentare l'abilitazione ENAC entro 60 giorni dall'aggiudicazione, si è automaticamente vincolata ad accettare che sia tale abilitazione, che l'estensione della licenza prefettizia, che deve necessariamente seguire, siano prodotte solo a seguito dell'aggiudicazione.

Si potrebbe, in linea teorica, discutere dell'adeguatezza della clausola del bando che assegnava un termine di 60 giorni per l'effettuazione di operazioni che possono ragionevolmente richiedere tempi più lunghi, ma ciò, se, al limite, avrebbe potuto giustificare un'impugnazione in parte qua del disciplinare che non c'è in effetti stata, non avrebbe comunque potuto rendere legittima l'esclusione della Sicuritalia.

È pur vero, infatti, che Fidelitas ha impugnato il bando con riferimento alla previsione della possibilità di presentare la certificazione entro il termine di 60 giorni, ma ritenendo solo che la stessa fosse contraria alla specifica disciplina delle autorizzazioni di polizia connesse all'esercizio della vigilanza in aeroporto e non anche contestando l'eccessiva ristrettezza dei tempi e, quindi, la sua irragionevolezza.

In effetti una tale previsione non appare affatto in contrasto con la legge, la quale disciplina il rilascio delle autorizzazioni senza per questo escludere che la stazione appaltante possa assegnare un termine per integrare le autorizzazioni all'eventuale vincitore della gara: ciò che la legge impone è solo che l'esercizio del servizio non possa avvenire prima che siano state conseguite tutte le autorizzazioni necessarie e tale condizione risulta essere rispettata.

Considerato, quindi, il principio della tassatività delle clausole di esclusione, il quale deve essere letto, nel caso di specie, alla luce del fatto che il disciplinare di gara prevedeva, genericamente e anche erroneamente, l'attestazione del possesso dell'autorizzazione ex art. 134 del TULPS "rilasciata dalla Prefettura di Bergamo" (laddove avrebbe dovuto prevedere il possesso di un'autorizzazione "relativa al territorio della provincia di Bergamo", così da ammettere anche quelle rilasciate da

altre Prefetture, ma estese al territorio di Bergamo), salvo poi, nel successivo punto 10, ammettere la produzione della certificazione ENAC attestante l'accertamento, in capo all'operatore economico, dei requisiti richiesti per lo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto dal DM 19 gennaio 1999, n. 85, dal DM 23 febbraio 2000 e delle circolari Enac, entro i sessanta giorni successivi all'aggiudicazione, si deve escludere che la prescrizione avesse la chiarezza ed inequivocità tali da collegare alla sua violazione la sanzione dell'esclusione.

Ne deriva l'accoglimento del ricorso sub R.G. 168/2011 e la conferma dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in esecuzione dell'ordinanza di questo Tribunale n. 211/11, la legittimità dei quali deve essere assoggettata al vaglio imposto dalla proposizione del ricorso sub R.G. 435/2011, il quale non appare suscettibile di positivo apprezzamento.

La riedizione del potere sarebbe, secondo la ricorrente Fidelitas s.p.a., di per sé illegittima, in quanto avvenuta quando tutte le altre offerte erano già conosciute (anche sotto il profilo economico) e in assenza della fissazione di criteri di valutazione idonei a comprimere la piena discrezionalità della commissione. Inoltre, essa sarebbe stata operata dalla medesima commissione, senza aver adottato alcuna particolare misura per garantire la segretezza delle offerte nelle more della nuova valutazione.

A tale proposito il Collegio non ignora la ricorrente giurisprudenza secondo cui, in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'esclusione di un concorrente da una gara per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operare congiunto dei principi di segretezza delle offerte nei procedimenti di aggiudicazione e del principio di conservazione dell'atto amministrativo fa sì che la rinnovazione della gara conseguente alla riammissione del concorrente illegittimamente escluso debba retroagire in modo diverso a seconda del criterio previsto per l'aggiudicazione. Nel caso in cui l'aggiudicazione sia effettuata in base a criteri oggettivi e vincolati, è sufficiente rinnovare la fase di valutazione delle offerte; nel caso, invece, di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe necessario rinnovare l'intero procedimento

di gara, a partire dalla stessa fase della presentazione delle offerte (Consiglio Stato, Sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892 e 21 gennaio 2002, n. 340).

Come si legge nella sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 gennaio 2011, n. 462, che il Collegio ritiene di poter condividere nelle sue conclusioni, però, in altre occasioni il giudice di appello ha ammesso la possibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte, osservando che il principio di segretezza dell'offerta economica non costituisce un valore assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati dall'ordinamento giuridico, tenendo conto, congiuntamente, del principio di conservazione degli atti giuridici e del canone di buona amministrazione ed in primo luogo del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, oltre che dei criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione (C.d.S., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4834; C.d.S., sez. VI, 1 ottobre 2004, n. 6457; C.d.S., sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683).

Ciò precisato, nel caso di specie non può trascurarsi che il punteggio tecnico rappresentava solo al massimo 30 punti su 100 e che il punteggio è stato assegnato con il metodo del confronto a coppie, ferme restando le valutazioni già attribuite alle altre offerte. Nessuna discrezionalità aveva la commissione, inoltre, con riferimento alla valutazione dell'offerta economica.

Considerato il principio di conservazione degli atti e constatato che nella fattispecie l'elemento discriminante appare piuttosto evidente essere stato quello economico (tant'è che Itapol ha riportato un punteggio tecnico inferiore a quello di Fidelitas), il ricorso di Fidelitas non pare superare la prova di resistenza, in quanto non dimostra che una diversa valutazione dell'offerta tecnica avrebbe potuto condurre ad un diverso risultato finale, né fornisce alcuna indicazione in ordine a profili di eventuale incongruità delle valutazioni dell'offerta tecnica operate. In altre parole l'arbitrarietà delle valutazioni è solo asserita o addirittura meramente possibile, ma non è si evidenziato alcuno specifico profilo di effettiva incongruità dei punteggi assegnati.

La violazione del principio della par condicio deve, quindi, essere coordinata con l'esigenza di garanzia dell'azione amministrativa e con il rispetto del principio per cui la lesione non può essere meramente potenziale, ma quantomeno manifestatasi in concreto, anche in assenza di una prova piena.

Ciò alla luce anche della considerazione secondo cui, una volta che è intervenuta la conoscenza del contenuto delle offerte presentate, anche la rinnovazione della gara a partire dalla stessa presentazione delle offerte non sarebbe idonea all'integrale ripristino dello status quo ante e a ristabilire a pieno la par condicio tra le imprese concorrenti (par condicio che la ricorrente illegittimamente esclusa, in particolare, non potrebbe mai conseguire).

Peraltro la già richiamata sentenza del Tar Campania appare condivisibile anche laddove pone in evidenza come, rispetto al pregiudizio che potrebbe derivare dalla conoscenza dell'offerta economica delle altre partecipanti, questo risulta essere in realtà ridimensionato sia di fronte all'immutabilità del giudizio già espresso sulle offerte tecniche, che alla considerazione per cui la mancanza di conoscenza dell'offerta economica dell'operatore riammesso impedirebbe alla commissione di avere a disposizione tutti gli elementi che determineranno la graduatoria finale.

Tali conclusioni appaiono, peraltro, perfettamente in linea con quanto previsto dal comma dodicesimo dell'art. 84 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale prevede che "in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione". Tale disposizione pare, infatti, avvallare la tesi del rinnovo parziale delle operazioni di gara pur in caso di illegittima esclusione di uno dei concorrenti.

Ne discende la legittimità del modus operandi seguito dalla stazione appaltante in esecuzione dell'ordinanza di questo Tribunale, la quale non può essere revocata in dubbio nemmeno alla luce di quanto dedotto con riferimento alla mancata adozione di specifiche cautele per la conservazione delle offerte nelle more del rinnovo del procedimento.

Come evidenziato da parte resistente e non contestato dalla ricorrente, le “buste elettroniche” contenenti le offerte nel caso di gara condotta attraverso una piattaforma tecnologica ad alta affidabilità come quella utilizzata nel caso di specie, sono sigillate dal sistema che rende impossibile visionare l’offerta economica prima di quella tecnica, oltre a garantire la tracciabilità di ogni operazione compiuta e l’impossibilità di modificare alcunché nelle offerte.

Si può quindi ritenere ampiamente assolto ogni obbligo di segretezza, in particolare sul contenuto dell’offerta economica, rilevante nel senso sopra detto.

L’ultima censura tende all’annullamento della riammissione in gara del raggruppamento Italtel-Sicuritalia per le stesse ragioni già ampiamente esaminate e respinte con riferimento al ricorso sub R.G. 168/2011: conseguentemente essa deve essere dichiarata inammissibile per violazione del principio del *ne bis in idem*, prima ancora che infondata.

Per quanto attiene al ricorso per motivi aggiunti notificato nell’ambito del ricorso sub R.G. 435/2011, esso non merita positivo apprezzamento nella parte in cui è volto a censurare l’indeterminatezza (in violazione dell’art. 83 del d. lgs. 163/2006) dei criteri di valutazione delle offerte contenuti nel disciplinare di gara, il cui punto 12 si limita a prevedere che all’offerta tecnica sono attribuiti al massimo 30 punti, così suddivisi: a) 7,5 punti per progetto tecnico; b) 15 punti per proposte migliorative e/o innovazione; c) 7,5 punti per precedente esperienza aeroportuale.

Secondo la ricorrente la mancanza di subcriteri attribuirebbe alla Commissione un’eccessiva discrezionalità, che sconfinerebbe nell’arbitrarietà.

Tale tesi non appare condivisibile. Premessa la discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle offerte, quelli adottati nel caso di specie non paiono presentare profili di illogicità o irrazionalità tali da legittimare l’intervento di censura del giudice amministrativo nell’ambito del controllo di legittimità allo stesso rimesso, anche con riferimento al par. 12 del disciplinare, che si vorrebbe in violazione dell’art. 83 richiamato, in quanto l’utilizzo di una formula matematica determinerebbe un effetto distorsivo della ponderazione attribuita e voluta dalla norma, che non è però dimostrato. A tale proposito si deve considerare,

infatti, che l'uso di criteri di proporzionalità nelle formule matematiche elaborate per la valutazione delle offerte presentate in gara pubblica è conforme ad una prassi comune, che ha ispirato anche il criterio della "interpolazione lineare" di cui al DPR 554/99 ed è stata ritenuta legittima nella sentenza Cons. Stato, V, 9 marzo 2009, n. 1368.

In effetti, le caratteristiche del servizio oggetto della gara sono in buona parte imposte dalla necessità del rispetto dei rigidi requisiti richiesti per le necessarie autorizzazioni di polizia, con la conseguenza che appare ragionevole che alle differenze caratterizzanti i diversi progetti di servizio, sia stata attribuita una rilevanza limitata.

Né si ravvisa la necessità di una particolare motivazione delle valutazioni operate dalla Commissione laddove, come nel caso di specie, il criterio di attribuzione del punteggio passi attraverso il confronto a coppie delle proposte presentate. Il Collegio non ravvisa, a tale proposito, ragione alcuna di discostarsi dall'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza 6965 del 17 settembre 2010, con cui il ricorso è stato rigettato in ragione della mancata dimostrazione dell'uso distorto ed irrazionale, la quale esclude ogni sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati, in particolare sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il "grado di preferenza" che la commissione ha accordato ad una certa soluzione tecnica.

Considerato, quindi, che, nel caso in esame, l'espressione del giudizio mediante punteggio numerico si accompagna alla previsione, desumibile dal combinato disposto del bando e del disciplinare di gara, di criteri di attribuzione sufficientemente precisi, come richiesto dalla giurisprudenza (cfr tra le tante TAR Lazio, sez. II quater, 2 febbraio 2011, n. 987) ed è avvenuta mediante il ricorso al metodo del confronto a coppie, non può trovare accoglimento la doglianza di parte ricorrente: la valutazione comparativa delle offerte è ravvisabile, infatti, nell'analitica attribuzione dei punteggi predeterminati dal bando di gara con riferimento alle singole voci comprese nel paradigma di valutazione, con ciò assolvendo all'obbligo di motivazione (in tal senso Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6115).

Ne discende il rigetto anche del ricorso per motivi aggiunti.

Sussistono, comunque, giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la natura prettamente interpretativa delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- ne dispone la riunione;
- accoglie il ricorso sub R.G. 168/2011 e per l'effetto annulla gli atti con esso impugnati e conferma quelli successivamente adottati dalla stazione appaltante in esecuzione della misura cautelare;
- respinge il ricorso sub R.G. 435/2011 e i motivi aggiunti nell'ambito dello stesso depositati;
- dispone la compensazione delle spese del giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)