

N. 01297/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00166/2011 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 166 del 2011, integrato da motivi aggiunti, 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, Bruna Lazzerini e Giorgio Orsoni, 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

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;

North East Service Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Ughetta Bini e Guido Piccione, con domicilio eletto presso Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola, 14;

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;

C.I.S.V.I.S. Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale Spa e Sicuritalia Spa, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

per quanto attiene al ricorso introduttivo:

- del provvedimento di ammissione alla gara per servizi di sicurezza e vigilanza in ambito aeroportuale dei concorrenti Sicurezza professionale s.r.l. e del concorrente R.T. North East Service s.p.a. e Civis s.p.a., di cui al verbale della Commissione di gara del 4 gennaio 2011;
- dei verbali di gara del 15 dicembre e del 20 dicembre 2010, conosciuti il 12 gennaio 2011;
- del successivo provvedimento di formazione della graduatoria provvisoria non conosciuto, adottato in disattesa alla diffida del 12 gennaio 2011, a seguito dell'apertura delle offerte economiche;
- dell'aggiudicazione definitiva, ove disposta;
- del contratto ove stipulato;
- del disciplinare di gara, punto 11.1 ultimo capoverso, ove occorra;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

per quanto attiene al primo ricorso per motivi aggiunti:

- dei verbali delle sedute riservate del 4, 5 e 10 gennaio 2011 e di quella pubblica del 14 gennaio 2011 nella parte in cui contengono l'attribuzione dei punteggi solo numerici;
- del diniego tacito dell'istanza di riesame ex art. 243 bis quarto e sesto comma del d. lgs. 163/06, perfezionatosi il 27 gennaio 2011;

per quanto attiene al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- dei verbali di gara delle sedute pubbliche e riservate del 4 marzo e del 7 marzo 2011, conosciuti il 29 marzo 2011;
- di eventuali provvedimenti non noti;

- della graduatoria stilata e dell'aggiudicazione provvisoria comunicata con nota Sacbo del 15 marzo 2011 prot. n. 11-12337CFO/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.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sacbo Spa e di Sicurezza Professionale Srl e di North East Service Spa e di Italpol 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 Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza in ambito aeroportuale bandita dalla SACBO s.p.a..

Nella seduta pubblica del 4 gennaio la Commissione decideva l'ammissione alla gara della Sicurezza professionale s.r.l., nonostante essa avesse presentato un certificato di qualità scaduto, in quanto la concorrente aveva spontaneamente prodotto, alla prima seduta, copia di un successivo certificato valido sino al 2013 e rilasciato ben prima dello svolgimento della gara. Anche il costituendo R.T. tra North East Service s.p.a.e Civis s.p.a. è stato ammesso, nonostante per il procuratore Camarotto non fosse stata prodotta dichiarazione attestante l'insussistenza di cause di esclusione: carenza

documentale cui il raggruppamento avrebbe sopperito producendo il certificato penale dell'interessato. Anche in questo caso l'errore è stato considerato scusabile.

A seguito della conoscenza di tutto quanto sopra, in ragione dell'accesso agli atti consentito solo il 12 gennaio, la ricorrente diffidava la stazione appaltante all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, prevista per il 14 gennaio.

Ciononostante la stazione appaltante provvedeva alla formazione della graduatoria, collocando la ricorrente al secondo posto, tra le offerte di Sicurezza professionale s.r.l. (prima graduata) e del concorrente R.T. North East Service s.p.a. e Civis s.p.a (terza graduata).

Ritenendo che entrambi i concorrenti avrebbero dovuto essere esclusi, giusta la puntuale applicazione delle previsioni del disciplinare, la ricorrente ha dedotto la violazione della *lex specialis* di gara ed in particolare dell'art. 11 del disciplinare, nonchè dei principi di proporzionalità, giusto procedimento, trasparenza dell'azione amministrativa: l'amministrazione sarebbe incorsa in una errata individuazione dei presupposti in fatto ed in diritto e, quindi, in un eccesso di potere sotto i profili di irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta, anche in ragione della violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Più precisamente, per quanto attiene alla posizione della Sicurezza Professionale s.r.l., la Commissione avrebbe potuto richiedere la integrazione documentale solo nel caso di documenti incompleti, parziali o carenti: in presenza, cioè, di un documento valido, ma incompleto, quale non avrebbe potuto essere classificato quello prodotto in allegato alla domanda, in quanto scaduto. Ammettere la sostituzione di un documento scaduto con uno in corso di validità avrebbe determinato, secondo parte ricorrente, una alterazione della *par condicio* (Consiglio Stato, 22 dicembre 2008, n. 6501).

Analogamente illegittima sarebbe l'ammissione dell'integrazione disposta anche nei confronti dell'altra concorrente.

Si sono costituite sia la controinteressata North East, che la società per la gestione dell'aeroporto di Bergamo. Entrambe hanno dedotto l'infondatezza del ricorso, in quanto si sarebbe in presenza di un'integrazione della documentazione del tutto legittima.

La stazione appaltante Sacbo , in particolare, ha depositato una memoria integrativa, volta ad evidenziare come la Sipro s.r.l. fosse stata ammessa alla gara sulla scorta dell'autodichiarazione relativa alla richiesta di estensione della autorizzazione prefettizia e della successiva produzione di copia della domanda in tal senso inoltrata. Al momento della notifica, quindi, l'impugnazione per mancanza del requisito richiesto avrebbe dovuto essere considerata eccessivamente anticipata, anche in ragione del fatto che l'estensione dell'autorizzazione Enac è abitualmente richiesta come condizione per la stipula del contratto, non potendosi pretendere che la concorrente ponga in essere tutto quanto a tal fine necessario (tra cui in primo luogo la formazione del personale) senza sapere se potrà effettivamente svolgere il servizio. Nel merito si è sostenuta l'infondatezza del ricorso.

Fidelitas s.p.a. ha, quindi, depositato un primo ricorso per motivi aggiunti, con cui:

1. ha esteso anche al diniego tacito di riesame le considerazioni già contenute nel ricorso con riferimento agli atti precedenti;
2. ha dedotto la violazione della lex specialis di gara laddove la SIPRO s.r.l. è stata ammessa nonostante la mancanza di valida estensione della autorizzazione prefettizia sulla provincia di Bergamo ex art. 134 del TULPS, come richiesto dal bando e dal disciplinare di gara e chiarito dalla stazione appaltante nella risposta al quesito n. 1. A seguito dell'esercizio del diritto di accesso presso l'ENAC, infatti, parte ricorrente ha appreso che la richiesta di estensione notificata dalla SIPRO (e dalla stessa attestata) riguarderebbe solo l'art. 3 del D.M. 29 gennaio 1999, n. 85 (servizi c.d. liberalizzati) e non anche l'art. 2 (servizi in concessione) che è relativo ai servizi oggetto principale del contratto posto in gara. A seguito di tale richiesta, quindi, la SIPRO ha ottenuto dall'ENAC, in data 29 novembre 2010, un'attestazione di idoneità per l'espletamento dei servizi di controllo di cui all'art. 3 comma 2 del D.M. 85/99 e cioè solo per la voce di cui alla lettera d) dell'art. 2 del disciplinare di gara e dell'art. 2 del contratto, che individua una pluralità di servizi ulteriori che l'impresa aggiudicataria dovrà svolgere. Tale autorizzazione è stata allegata alla notifica di estensione inviata alla Prefettura con in allegato il progetto tecnico che, però, nel caso di specie, oltre a riguardare i soli servizi di cui al già citato art. 3, prevedeva anche l'impiego di sole 40 guardie, rispetto

alle 150 richieste nel caso di specie. A distanza di due anni dalla notifica il procedimento pendente presso la Prefettura non risulta essere ancora concluso;

3. ha esteso il contenzioso al bando di gara, laddove dovesse essere interpretato nel senso di ritenere che lo stesso consentisse, a comprova dei requisiti richiesti, la possibilità di produrre la mera richiesta dell'estensione prefettizia e non anche copia dell'autorizzazione ENAC, che è l'unica a qualificare i prestatori del servizio richiesto. La semplice richiesta dell'estensione sarebbe da ritenersi, quindi, comunque insufficiente a comprovare il possesso dei requisiti minimi, da richiedersi quantomeno con riferimento al momento della presentazione della domanda;

4. ha dedotto la violazione degli artt. 206 e 83 del d. lgs. 163/06, in quanto, come si è potuto verificare a seguito dell'accesso ai verbali delle sedute riservate, i punteggi attribuiti sono stati solo numerici. Ciò, a fronte di una clausola come il 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. Controllo, quest'ultimo, rispetto a cui la ricorrente ha evidentemente interesse, atteso che la differenza di punteggio ottenuto è di soli 1,458 punti;

5. ha individuato un'ulteriore violazione della normativa richiamata al punto precedente, in ragione del peso squilibrato attribuito al prezzo: esso non solo determina l'attribuzione di 70 punti all'offerta economica, ma ciò è previsto avvenga attraverso un metodo di assegnazione del punteggio che rende ancora più neutrale l'offerta tecnica. Sarebbe sufficiente, infatti, uno scarto di soli 5 punti percentuali per vanificare qualsiasi differenziale di punteggio tecnico.

La controinteressata Sicurezza Professionale (Sipro), oltre a ribadire la legittimità dell'ammissione, in un secondo tempo, della produzione della copia della certificazione di qualità valida già posseduta dall'impresa, in sostituzione di quella scaduta, erroneamente depositata, ha contestato la fondatezza dei motivi aggiunti nella parte in cui tendono a censurare il possesso, da parte della Sipro, della necessaria

autorizzazione ex art. 134 TULPS, atteso l'intervenuto formarsi del silenzio assenso sulla domanda di estensione della licenza all'aeroporto di Orio al Serio.

In ogni caso essa sarebbe in possesso di tutti i requisiti necessari. Basti considerare, a tal fine, che l'autorizzazione rilasciata dall'ENAC riguarda, solitamente, i servizi di cui all'art. 3 del DM 85/99. L'autorizzazione di cui all'art. 2, invece, viene rilasciata solo a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto: ne consegue che qualsiasi concorrente che non avesse già precedentemente prestato servizio presso l'aeroporto di Bergamo non poteva essere in possesso di tale autorizzazione.

La censura relativa all'inadeguatezza della clausola del bando che consentiva di produrre solo la dichiarazione attestante l'impegno ad ottenere, entro 60 giorni dall'aggiudicazione, dell'autorizzazione ENAC sarebbe, invece, tardiva, in quanto il bando avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnato sotto questo profilo.

La censura relativa all'illegittimità dell'attribuzione dei punteggi sarebbe inammissibile per carenza di interesse, dal momento che la ricorrente ha ottenuto il massimo del punteggio tecnico.

Nelle more del giudizio, in esito all'ordinanza cautelare adottata da questo Tribunale in accoglimento dell'istanza incidentale formulata dal raggruppamento temporaneo Italpol Vigilanza Milano s.r.l. e Sicuritalia s.p.a. (n. 211/11), la stazione appaltante ha provveduto alla riammissione di tale concorrente, precedentemente escluso, addivenendo, previo rinnovo delle operazioni di gara preordinate alla valutazione delle offerte, a collocarlo al primo posto della nuova graduatoria così stilata.

Tale aggiudicazione provvisoria è stata impugnata con un secondo ricorso per motivi aggiunti, deducendo:

1.1. violazione degli artt. 206 e 83 del d.lgs 163/2006, dei principi di proporzionalità, imparzialità e ragionevolezza: ciò in considerazione del fatto che il bando prevedeva l'attribuzione di soli 30 punti per l'offerta tecnica, i quali sono stati assegnati mediante l'espressione del solo punteggio numerico nel confronto a coppie, senza alcun parametro temporale, sostanziale e oggettivo, con conseguente incidenza negativa sul rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità;

1.2. la suddetta violazione sarebbe divenuta ancora più grave in sede di valutazione dell'offerta del ricorrente originariamente escluso e, quindi, quando le altre offerte erano già conosciute, anche in ragione del fatto che i verbali non danno conto dell'adozione di alcuna misura atta a garantire una corretta conservazione delle offerte;

1.3. ancora violazione degli artt. 206 e 83 del d.lgs 163/2006. La formula di attribuzione del punteggio per l'offerta economica recherebbe in sé uno sbilanciamento ulteriore a favore dell'offerta economica, per cui uno scarto di soli 5 punti percentuali sarebbe idoneo a vanificare qualsiasi punteggio tecnico.

In vista della pubblica udienza, Sacbo s.p.a. ha, quindi, prodotto una memoria, nella quale si eccepisce 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, oltre ad insistere sulla carenza del necessario requisito, in capo a Sicuritalia, della previa estensione dell'autorizzazione Prefettura all'aeroporto di Bergamo, la stazione appaltante ha puntualizzato 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.

Sicurezza professionale s.r.l., per parte sua, ha ribadito la legittimità della propria ammissione, per quanto già precedentemente esposto.

Infine Italpol ha affermato la correttezza dell'attività della stazione appaltante che ha condotto all'aggiudicazione a suo favore, in particolare in relazione al rinnovo delle operazioni di gara, che non avrebbe integrato alcuna lesione delle posizioni giuridiche

della ricorrente principale che ha continuato a detenere il miglior punteggio tecnico e il peggior punteggio economico.

Nessuna violazione della sicurezza delle offerte potrebbe comunque essere lamentata, nel caso di specie, considerato che non solo l'offerta di Italpol è stata aperta in seduta pubblica, ma nessuna manomissione delle offerte è stata denunciata da alcuna delle partecipanti. In ogni caso il sistema informatico Bravosolution avrebbe impedito qualsiasi visione anticipata o alterazione delle offerte già presentate.

La controinteressata ha, quindi, ribadito la propria difesa circa l'illegittimità della propria esclusione dalla gara e, conseguentemente, la conformità alla legge della propria riammissione.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2011 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Nonostante la formulata richiesta di riunione del ricorso in esame con quelli sub RG 168/11 e 435/2011, il Collegio ravvisa, per ragioni di linearità espositiva, l'opportunità di mantenere distinto tale contenzioso, date le sue peculiarità, in particolare in ragione delle cause di esclusione fatte valere nei confronti delle altre partecipanti alla gara.

Tuttavia, le implicazioni processuali tra le vertenze sono nei fatti, in quanto tutte riconducibili alla medesima gara e, per tale motivo, esse sono state chiamate in decisione alla medesima odierna udienza pubblica.

Tale contestualità, unitamente all'identità del Collegio e del relatore/estensore per tutti e tre i ricorsi, consente, altresì, di tener conto, ai fini della soluzione della presente controversia, dell'esito di quella relativa ai ricorsi sopramenzionati e non riuniti per le già evidenziate ragioni.

Così, prendendo le mosse dal secondo ricorso per motivi aggiunti qui all'esame, va rilevato che, in parallelo, è stato notificato un autonomo ricorso (quello iscritto al citato numero di registro 435/2011), avverso i medesimi provvedimenti e fondato sulle medesime deduzioni.

L'uso di tale tecnica tuzioristica di duplicazione delle azioni rende, all'evidenza, inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto diversamente si incorrerebbe nella violazione del divieto del *ne bis in idem*.

Oltre a ciò, all'esito della presente pubblica udienza del 14 luglio 2011, la decisione distintamente resa dal Collegio sullo stesso ricorso iscritto sub R.G. 435/2011 risulta di reiezione e di conseguente accertamento della legittimità dell'aggiudicazione al raggruppamento tra Itapol e Sicuritalia in ragione del rinnovo delle operazioni di gara: il che determina l'improcedibilità sia del presente ricorso introduttivo che del successivo, primo ricorso per motivi aggiunti, preordinati a censurare una graduatoria non più storicamente produttiva di effetti e soppiantata da una nuova.

Inoltre, se in linea di principio, potrebbe permanere un interesse di Fidelitas s.p.a. (e del raggruppamento di cui essa risulta essere mandataria) a censurare l'ammissione alla gara di tutte le altre concorrenti al fine del rinnovo della gara, in concreto occorre, però, tener conto dell'esito di accoglimento del ricorso sub RG 168/11, riunito con il ricorso sub R.G. 435/2011, per effetto del quale esito è risultato che Itapol doveva essere ammessa.

Ciò determina l'improcedibilità del ricorso in esame - nella parte in cui tende ad escludere la riammissione di tale impresa alla gara - per le stesse ragioni già valutate nell'ambito del suddetto e distinto ricorso n. 168/11, in cui era costituita anche l'odierna ricorrente, per il fondamentale operare, ancora una volta, del principio del *ne bis in idem*.

La non ulteriore censurabilità della riammissione della Itapol determina, così, il venire meno dell'interesse a far valere l'illegittima ammissione alla gara delle altre concorrenti, comunque collocate in posizione deteriore nella graduatoria da ultimo stilata e, conseguentemente, anche dell'interesse ad entrare nel merito di censure rivolte ad una graduatoria che non esiste più.

Data la complessità, anche processuale, della vicenda e la natura prettamente interpretativa della questione la cui risoluzione ha determinato i suddetti effetti in rito sul ricorso in esame, si ritengono sussistere giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e sui successivi motivi aggiunti:

- rigetta l'istanza di riunione con i ricorsi sub R.G. 168/2011 e 435/2011;
- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti;
- 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 Bertagnoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/09/2011

IL SEGRETARIO

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