

Pubblicato il 25/05/2021

N. 01686/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00013/2019 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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2019, proposto da KSM S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Beatrice Miceli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

E.N.A.C. – Ente Nazionale Aviazione Civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

METRONOTTE D'ITALIA S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio sito in Palermo in Viale Libertà n. 171;

per l'annullamento

- del provvedimento ENAC GENDISP-DG 29/11/2018 0000037-P avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei servizi di sicurezza e controllo passeggeri, bagagli a mano, bagagli da stiva e merci, di cui agli artt. 2 e 3 del D.M. 29 gennaio 1999, n.85 e al Programma Nazionale di Sicurezza, sull'Aeroporto di Pantelleria in favore della controinteressata;
- di ogni altro presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.N.A.C. – Ente Nazionale Aviazione Civile e di Metronotte D'Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica in videoconferenza del giorno 4 maggio 2021 il dott. Sebastiano Zafarana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha esposto che con determina a contrarre n. 78/2018 l'Enac ha avviato una procedura aperta in ambito Ue per l'appalto del servizio di sicurezza e controllo per l'aeroporto di Pantelleria; la durata contrattuale prevista è di 24 mesi, per un importo complessivo biennale a base di gara di € 1.702.494,44.

Il relativo bando (ritualmente pubblicato nella GUUE GU/S S15 del 23.01.2018 e nella G.U.R.I.

n.12 del 29 seguente) ha anche fissato il criterio di aggiudicazione ossia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art 95 del d.lgs. n.50/2016 in ragione dei criteri di valutazione qualità (offerta tecnica: max 70 punti) e prezzo (offerta economica: max 30 punti) analiticamente definiti nel disciplinare di gara.

Nominata la Commissione giudicatrice di cui all'art. 77 del d.lgs. 50/2016, si è proceduto all'apertura ed alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti ammessi alla gara (cfr. verbale delle

sedute del 29 marzo 2018 e 27 aprile 2018), e nella seduta pubblica del 21 maggio 2018 la Commissione ha reso noti i seguenti punteggi:

- Metronotte D'Italia s.r.l.: Offerta tecnica =70; Offerta economica = 30; totale =100;
- Ksm s.p.a.: Offerta tecnica =42,33; Offerta economica = 23,98; totale =66,31.

La Commissione, rilevata altresì l'anomalia dell'offerta del concorrente Metronotte D'Italia Srl, ha trasmesso il carteggio al RUP al fine di avviare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di cui all'art. 97 del d.lgs. n.50/2016 (per il cui svolgimento il RUP ha chiesto l'ausilio della Commissione).

Quest'ultima, secondo la prospettazione di parte ricorrente, si sarebbe sostanzialmente rifiutata di ausiliare il RUP poiché, senza entrare nel merito delle giustificazioni presentate rassegnava *"...di poter affermare che l'anomalia dell'offerta di Metronotte d'Italia srl, non deriva da elementi propri dell'offerta stessa, ma dai meccanismi di calcolo di riparametrazione, accentuati dalla circostanza che vi erano solo due offerte da valutare"*.

Nel frattempo, esaminata anche una terza offerta (quella riammessa dopo la sentenza di questo Tar) si è definito il quadro complessivo delle valutazioni e della graduatoria finale, incluso il calcolo della riparametrazione, per cui la graduatoria finale è risultata:

- Metronotte D'Italia s.r.l.: Offerta tecnica =70,00; Offerta economica = 30,00; totale =100,00;
- Ksm s.p.a.: Offerta tecnica =42,33; Offerta economica = 29,94; totale =72,27.
- RTI ISSV-Mondialpol: Offerta tecnica =39,50; Offerta economica = 16,62; totale =56,12.

Il RUP ha quindi comunicato alla società Metronotte Srl il positivo esito del sub-procedimento di cui all'art.97 del d.lgs. n.50/2016; e la stazione

appaltante, con il provvedimento impugnato, ha disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

1.2. Il gravame è affidato a tre distinti motivi di ricorso.

1.3. In data 11/01/2019 si è costituita in giudizio l'ENAC con atto di mera forma.

1.4. Il 21/01/2019 si è costituita in giudizio la controinteressata Metronotte D'Italia Srl depositando memoria di costituzione con la quale ha chiesto la reiezione del ricorso.

1.5. Con ordinanza n. 150 del 28/01/2019 questa Sezione, ritenendo non sussistere sufficienti profili di fondatezza del ricorso, ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente Ksm.

1.6. Con ordinanza n.303 del 10/05/2019 anche il CGA ha respinto l'appello cautelare della Ksm *“Considerato che le doglianze contenute nell'odierno gravame non convincono in ordine alla paventata anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria in relazione al costo della manodopera”*.

1.7. In vista dell'udienza pubblica di trattazione del ricorso ha depositato una memoria conclusionale soltanto l'ANAC.

1.8. La controinteressata Metronotte D'Italia Srl ha depositato note di udienza.

1.9. Alla pubblica udienza in videoconferenza del 4 maggio 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

2. Il ricorso è infondato, dovendosi nella sede di merito confermare le statuizioni già assunte in sede cautelare, come confermate dal CGA con ordinanza n.303/2019.

Va peraltro rilevato che successivamente al deposito del ricorso la ricorrente non ha depositato altri scritti difensivi per contestare le difese svolte dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata, rispetto alle quali devono ritenersi provate, per il principio di non contestazione, tutte le

argomentazioni in punto di fatto finalizzate a giustificare le voci dell'offerta tecnica censurate dalla ricorrente.

3. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce i vizi di: Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 97, commi 5 e 6 del d.lgs. n. 50/2016 – carenza di istruttoria – eccesso di potere per contraddittorietà.

Premette la ricorrente che l'incidenza del costo della manodopera nel servizio oggetto dell'appalto è di centrale importanza nell'economia del rapporto e deduce che, tuttavia, nelle analisi prodotte in riscontro alla richiesta di chiarimenti all'aggiudicataria, la controinteressata sarebbe incorsa in una grave sottostima, che sarebbe ancora più grave se si considera il fatto che il servizio allo stato è svolto dalla medesima controinteressata, che dunque è l'attuale datore di lavoro dei dipendenti che in atto svolgono in concreto il servizio.

3.1. Un primo ordine di censure proposte dalla ricorrente riguarda i costi del servizio nelle modalità minime prescritte dal CSA.

In particolare afferma che le giustificazioni rese dall'aggiudicataria ometterebbero di considerare:

- le ore di servizio da svolgere in orario sia diurno che notturno (lamenta che avrebbe prodotto solo tabelle riferite al costo del lavoro diurno, inferiore a quello notturno);
- i livelli d'inquadramento e retributivi del personale interessato al cambio d'appalto;
- le norme del CCNL di settore con riferimento agli avanzamenti di livello ed all'anzianità di servizio/scatti (non avrebbe considerato gli aumenti periodici di livello e gli scatti di anzianità così come stabilito dal CCNL).

Afferma che dall'esame del prospetto giustificativo risulterebbe evidente come Metronotte d'Italia non abbia inserito nel calcolo del costo complessivo della manodopera l'aumento del costo del personale, correlato alla data di assunzione, ai passaggi di livello ed all'acquisizione della progressiva anzianità di servizio (scatti) nell'ambito del periodo biennale d'appalto.

La censura è infondata.

Il capitolato di oneri, richiamato dal bando, al fine di disciplinare compiutamente il servizio ed il costo del personale, nell'Allegato 2 rubricato "Conto economico" statuiva che *"il calcolo della tariffa oraria viene determinato sulla scorta della tabella del Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche sociali marzo 2016 relativa al costo medio orario per il personale dipendente da istituti di vigilanza privata tenendo conto del personale attualmente impiegato"*.

Venivano inoltre precisate sia le ore annue totali (40.011,5) sia le unità impiegate (25), sia il livello per ciascuna di esse con indicazione a fianco del costo orario differenziato per livello in base alle tabelle del Ministero del Lavoro (nelle suddette tabelle sono previsti pure gli aumenti per scatti di anzianità nonché i costi di formazione).

In forza del suddetto conteggio, veniva individuato in € 692.070,91 il costo annuo del personale (e quindi €. 1.384.141,82 (692.070,91x 2) nel biennio, cioè lo stesso costo rispetto a quanto previsto dalle Tabelle Ministeriali (comprensivi di scatti, anzianità formazione ed altro) adottato da ENAC e posto a base di gara; mentre in € 69.207,09 l'utile annuo di impresa ed in € 89.969,22 le spese generali annue.

Da qui il totale dell'importo a base d'asta in € 851.247,22 annui che moltiplicato per 2, data la durata biennale dell'appalto, equivaleva all'importo a base d'asta di € 1.702.494,44.

Risulta pertanto documentalmente che la controinteressata ha indicato un costo del personale esattamente corrispondente a quello indicato dall'ENAC nel capitolato d'oneri (€ 1.384.141,82) applicando il ribasso del 10% sulle spese generali e sull'utile utile di impresa, voci senz'altro suscettibili di ribasso. Sicché la censura risulta infondata in quanto il costo della manodopera offerto dalla controinteressata è identico a quello calcolato da ENAC nell'Allegato 2 "Conto Economico" al Capitolato d'oneri, espressamente richiamato dal bando quanto alla disciplina di gara, e nel rispetto delle Tabelle Ministeriali.

3.2 Un secondo ordine di censure riguardano le *“Eventuali proposte di prestazioni aggiuntive offerte gratuitamente”* dai concorrenti per le quali il disciplinare ha previsto la possibile attribuzione di 15 punti.

Una prima prestazione aggiuntiva offerta dalla controinteressata riguarda la vigilanza dinamica nelle aree stradali aeroportuali aperte all’uso pubblico e vigilanza lungo i confini esterni della recinzione aeroportuale, con specifica degli interventi nelle 24 ore.

Lamenta la ricorrente che la Commissione avrebbe premiato l’offerta di Metronotte la quale prevede l’impiego di auto di pattuglia con guardie a bordo, senza che del numero delle ore/uomo necessarie e dei costi connessi vi sia traccia nelle giustificazioni; mentre l’offerta di KSM prevedeva solo l’uso di attrezzature tecniche (drone) senza impiego di personale.

La doglianza è infondata atteso che – in disparte la considerazione che l’uso del drone proposto da Ksm è vietato nell’area aeroportuale - la controinteressata giustifica plausibilmente i costi in considerazione del fatto che il personale è già sul posto e già svolge detto servizio (infatti si tratta dell’ex aggiudicataria in regime di proroga) e di potere quindi avvantaggiarsi della propria organizzazione di uomini e mezzi già in situ, avendo conteggiato soltanto le spese del mezzo all’interno nelle spese generali (12.000).

Altra prestazione aggiuntiva sulla quale si appuntano le censure della ricorrente è quella che riguarda le: *“3.0.5 Campagne per l’indagine della soddisfazione dei passeggeri in relazione al servizio di security”*.

Nell’offerta tecnica di Metronotte D’Italia si legge che *“Metronotte d’Italia intende mettere a disposizione del gestore aeroportuale n° 2 totem da posizionare agli ingressi delle strutture, dotati di software dedicato alla elaborazione di campagne per l’indagine della soddisfazione di passeggeri in relazione al servizio di security ai varchi di controllo ... I chioschi proposti costituiti da un supporto metallico e un tablet Android, saranno proposti nelle dimensioni 10”, 13”, 15”, 21””*.

Lamenta la ricorrente che nessun costo, per implementazioni tecniche in generale e per i 2 Totem in particolare, viene quantificato nelle giustificazioni

presentate da Metronotte d'Italia srl.

La censura è infondata avendo la controinteressata documentato che i due Totem sono stati messi a disposizione gratuitamente da un proprio sponsor, come da lettera di impegno per comodato d'uso gratuito dei totem medesimi depositata in atti.

Quanto alla Formazione aggiuntiva del personale nell'offerta tecnica della controinteressata si legge: *“Nei punti che seguiranno sono definite le attività formative aggiuntive programmate entro tre mesi dall'eventuale aggiudicazione, alle quali parteciperà, se non già precedentemente formato, il personale di Metronotte d'Italia che svolgerà servizio presso l'aeroporto di Pantelleria”* e segue poi la descrizione analitica del programma formativo.

Lamenta la ricorrente che il descritto programma formativo, premiato dal giudizio della Commissione, non troverebbe riscontro nelle giustificazioni prodotte in sede di anomalia perché sarebbero a suo avviso necessarie almeno 29 ore di formazione periodica per ognuna delle 25 GG.PP.GG. da applicare all'appalto, per almeno complessive 725 ore di aggiornamento nel biennio.

Attività che ha costi diretti (i costi materiali per lo svolgimento dell'attività formativa) ed indiretti (ossia connessi alla sostituzione del personale nei corsi impegnati). Sarebbe evidente, ad avviso della ricorrente, che rettificando la dichiarazione giustificativa della controinteressata ed anche “assorbendo” tali costi nell'utile dichiarato, l'offerta si rivelerebbe incongrua e dunque in perdita.

La censura è infondata atteso che la controinteressata ha spiegato – senza che la ricorrente abbia mosso contestazione alcuna - che il relativo costo è stato indicato nelle giustificazioni all'interno delle Spese generali (*Corso di refreshment per GpG addette ai servizi aeroportuali*) e quantificato in euro 14.000; e che peraltro i calcoli indicati dalla ricorrente confondono la formazione aggiuntiva con quella ordinaria, il cui costo è invece già quantificato in percentuale nelle Tabelle Ministeriali utilizzate da ENAC e dalla controinteressata stessa per calcolare il costo del personale.

4. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce i vizi di: Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 31 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione del principio di carenza di istruttoria – eccesso di potere per contraddittorietà – violazione delle linee guida Anac 2/2016.

Premette la ricorrente che il RUP è il soggetto competente per l'esame delle giustificazioni e che lo stesso ha ritenuto – come era sua facoltà – di fruire dell'apporto valutativo della Commissione Giudicatrice; e tuttavia quest'ultima si sarebbe rifiutata di svolgere la funzione assegnatagli dal RUP, ritenendo – *“con un clamoroso revirement rispetto a quanto da essa stessa affermato (cfr. verbale 21 maggio 2018 n. 4)”* – non doveroso l'esame dell'anomalia.

La ricorrente, pur riconoscendo che è prerogativa esclusiva del RUP di decidere se procedere o meno all'esame delle giustificazioni, lamenta che quest'ultimo avrebbe passivamente accettato la posizione della Commissione procedendo alla autonoma valutazione dell'anomalia dell'offerta ma senza alcun approfondimento, quasi come una presa d'atto.

La censura è infondata.

Nel corso della seduta pubblica, la Commissione ha rilevato l'anomalia dell'offerta della prima graduata sicché il RUP ha conseguentemente attivato il subprocedimento di verifica dell'anomalia, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n.50/2016.

In data 6.7.2018 la Commissione giudicatrice, su richiesta del RUP, con verbale n. 5/18 ha espresso il proprio avviso in merito all'offerta in esame così argomentando:

«In riscontro alla richiesta inoltrata dal RUP con nota prot. n. 63693 del 12/06/2018 di fornire chiarimenti in merito all'offerta presentata dal concorrente Metronotte d'Italia S.r.l., risultata anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D. Lgs. 50/2016, la Commissione fornisce le seguenti argomentazioni in merito. Ogni membro della Commissione ha espresso, così come previsto dal disciplinare di gara, innanzitutto un giudizio di valore per ogni singola parte di entrambe le offerte, utilizzando coefficienti di giudizio da 0 a 1.

Come si evince dalle tabelle allegate ai verbali, in particolare dall'allegato 1 del verbale n.2 a dall'allegato 1 del verbale n.4, la soc. Metronotte d'Italia S.r.l. ha conseguito, per ogni criterio e/o sub criterio di valutazione un punteggio iniziale superiore a quello della KSM Security S.p.A., fatta eccezione per il criterio 2, rispetto al quale entrambe le società concorrenti hanno ottenuto lo stesso punteggio.

Poiché il disciplinare prevedeva, per la valutazione dell'offerta tecnica, dei meccanismi di calcolo di riparametrazione che comportavano l'attribuzione del punteggio massimo attribuibile all'offerta che per lo specifico criterio (o sub criterio) avesse ottenuto il coefficiente maggiore, la Metronotte d'Italia s.r.l., avendo ottenuto una media di coefficienti superiore a quella di KSM Security S.p.A., per tutti i criteri e sub criteri di valutazione, ed essendo due i concorrenti in gara, il meccanismo di riparametrazione ha comportato l'attribuzione del punteggio massimo attribuibile per l'offerta tecnica (70 punti) alla Metronotte d'Italia S.r.l. medesima.

Lo stesso può dirsi per l'offerta economica: il ribasso maggiore rispetto all'importo di base è stato offerto dalla Metronotte d'Italia S.r.l., per cui anche in questo caso alla suddetta società è stato attribuito il massimo punteggio, ossia 30.

Pertanto, si ritiene di poter affermare che l'anomalia dell'offerta di Metronotte d'Italia S.r.l. non deriva da elementi propri dell'offerta stessa, ma dai meccanismi di calcolo di riparametrazione, accentuati dalla circostanza che vi erano solo due offerte da valutare»

Dalla lettura del verbale si evince quindi l'infondatezza della censura, atteso che nessun *revirement* la Commissione ha posto in essere, risultando invece che essa abbia fornito un ampio ed esaustivo contributo al sub-procedimento di verifica fornendo un congruo e argomentato parere.

5. Con il terzo motivo di ricorso – proposto in via subordinata in quanto dal suo accoglimento sarebbe travolta l'intera procedura – la ricorrente deduce i vizi di: Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione del principio di carenza di istruttoria – eccesso di potere per contraddittorietà – violazione delle LG 2/2016.

Premette la ricorrente che l'art. 77 comma 3 del d.lgs. 50/2016 dispone che
“3. I commissari sono scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui

all'articolo 78 ... individuati dalle stazioni appaltanti mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto a quello dei componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione”.

Ciò premesso deduce che la composizione della Commissione di gara, in misura di 2 componenti su 3, sarebbe coincidente con quella nominata in occasione della gara precedentemente celebrata (nel 2013) con identiche modalità e con il medesimo esito.

La censura è infondata.

Infatti, come già statuito da questo TAR proprio con riferimento ad analogo ricorso proposto dalla stessa ricorrente *“Quanto alla ritenuta violazione del principio di “rotazione” osserva il Collegio che la previsione contenuta al comma 3 art. 77 del D.Lgs. 50/2016 presuppone, a ben vedere, l’operatività a regime di tutto l’impianto previsto dallo stesso art. 77. Il comma 12 dell’art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 (e prima del correttivo di cui al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il comma 12 dell’art. 77) stabilisce infatti che “Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all’Albo di cui all’articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.*

In altri termini, il sorteggio dell’arch. ... a componente della Commissione di gara non risulta in specie lesiva del dedotto principio della rotazione prevista dal comma 3 dell’art. 77 D.Lgs. 50/2016, siccome non operante e vincolante nel periodo transitorio” (T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 23 luglio 2018, n. 1640; in tema Cons. St., Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835).

Ne consegue che la nomina della Commissione è stata effettuata in forza della previsione dell’art.82, comma 3, del Regolamento ANAC, nominando i propri Dirigenti più qualificati ed esperti nella materia oggetto dell’appalto i quali hanno dichiarato non sussistere cause di incompatibilità o altre cause incidenti negativamente e pregiudizialmente sulla loro imparzialità e trasparenza.

6. In conclusione, per tutti i surriferiti motivi, il ricorso è infondato e va rigettato.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna Ksm Spa al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00) in favore di Enac; ed € 1.500,00 (millecinquecento/00) in favore della controinteressata Metronotte D'Italia Srl; oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio in videoconferenza del giorno 4 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO