

Pubblicato il 09/04/2021

N. 00495/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00083/2021 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 83 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

G.I.VI. s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Mauceri e Luca Tortarolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Giuffré, Enrico Gai e Andrea Raffiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Corpo Vigili Giurati s.p.a. e Rangers s.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Agnese Del Nord, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

- del Provvedimento Dirigenziale 18/12/2020, n. 13/2020, prot. n. 42926, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, avente ad oggetto “Procedura aperta svolta con modalità telematica per l'affidamento del servizio connesso all'attuazione delle misure di security del Porto di Livorno - Esclusione offerta del concorrente primo classificato ad esito verifica dell'anomalia, ai sensi dell'art. 97 del d. lgs. 50/2016 e smi”;
- della “Relazione conclusiva di verifica anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016” del RUP 11/12/2020, prot. n. 41693, allegata al Provvedimento Dirigenziale n. 13/2020;
- della nota pec 18/12/2020 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, con la quale è stato notificato “il Provvedimento dirigente Gare e Contratti n. 13 del 2020 con l'allegata Relazione del RUP”;
- dei provvedimenti e verbali della Commissione Aggiudicatrice, del R.U.P., del Dirigente e comunque della Stazione Appaltante, adottati nella procedura di gara per cui è causa, limitatamente alla parte in cui l'offerta di G.I.VI. s.r.l. è stata giudicata anomala e comunque non congrua e non attendibile, ivi inclusi:
 - a. il Verbale Allegato E, citato nella Relazione conclusiva del RUP 11/12/2020, prot. n. 41693 ma alla stessa non allegato, non ricevuto e non noto;
 - b. gli altri eventuali allegati alla Relazione conclusiva 11/12/2020, anch'essi non noti;
 - c. la registrazione, effettuata dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, del contraddittorio svoltosi in data 1/12/2020, anch'essa non nota;
 - d. il “Verbale riunione confronto verifica anomalia” tenutosi in videoconferenza in data 1°/12/2020;
- degli atti del procedimento di anomalia avviato nei confronti dell'offerta del secondo classificato costituendo RTI Corpo Vigili Giurati s.p.a. – Rangers s.r.l., anch'essi non noti;

- dell'atto di aggiudicazione della gara *de qua* eventualmente intervenuto a favore del secondo classificato costituendo RTI Corpo Vigili Giurati s.p.a. – Rangers s.r.l., anch'esso non noto;
 - della nota pec 14/1/2021, prot. n. 1802 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, di riscontro all'istanza di accesso GIVI 29/12/2020;
 - ogni altro atto ad essi connesso, presupposto o successivo;
- in subordine
- del Capitolato Prestazionale e d'Oneri e dell'allegato 5 al suddetto Capitolato, del Chiarimento di natura tecnica reso sul Quesito 8 da parte dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale e degli atti tutti ad essi conseguenti;
- nonché per la declaratoria di inefficacia
- del contratto che fosse *medio tempore* stato stipulato con l'operatore risultato aggiudicatario;
- e comunque per l'accertamento
- del diritto di G.I.VI. s.r.l. ad essere riammessa alla procedura di gara per cui è causa e quindi al conseguimento del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della procedura di gara e dalla stipula del contratto di appalto;
- e per l'esibizione, ex art. 116, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010
- della documentazione di gara oggetto dell'istanza di accesso 29/12/2020;
con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 18 febbraio 2021:
 - del Provvedimento Dirigenziale 18/1/2021, n. 4/2021, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, comunicato in data 28/1/2021, avente ad oggetto “Aggiudicazione relativa alla procedura aperta per l'affidamento del servizio connesso all'attuazione delle misure di security del porto di Livorno”;
 - della “Relazione conclusiva di verifica anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016” del RUP 8/01/2021, prot. n. 852, allegata

al Provvedimento Dirigenziale n. 4/2021;

– della Relazione interna del RUP 14/01/2021, prot. n. 1787, avente ad oggetto “Proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 32 c. 7 Codice appalti”;

– della nota pec 28/1/2021, prot. n. 4037, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, con la quale è stata comunicata l'adozione del provvedimento di aggiudicazione della gara *de qua*;

– della nota pec 18/12/2020, prot. n. 42894, dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale, con la quale sono state richieste le giustificazioni al costituendo RTI Corpo Vigili Giurati s.p.a.-Rangers s.r.l.;

– degli atti tutti della Stazione appaltante adottati nel procedimento di verifica dell'anomalia nei confronti del costituendo RTI Corpo Vigili Giurati s.p.a.-Rangers s.r.l., anche non noti;

– ove occorrer possa, dei verbali di gara nn. 4, 5 e 6, nonché degli atti tutti della Commissione di gara con i quali è stata valutata l'offerta tecnica del costituendo RTI Corpo Vigili Giurati s.p.a.-Rangers s.r.l.;

– di ogni altro atto ad essi connesso, presupposto o successivo;

in subordine

– del Capitolato Prestazionale e d'Oneri e dell'allegato 5 al suddetto Capitolato, del Chiarimento di natura tecnica reso sul Quesito 8 da parte dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale e degli atti tutti ad essi conseguenti;

nonché per la declaratoria di inefficacia

– del contratto che fosse *medio tempore* stato stipulato con l'operatore risultato aggiudicatario;

e comunque per l'accertamento

– del diritto di G.I.VI. s.r.l. ad essere riammessa alla procedura di gara per cui è causa e quindi al conseguimento del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della procedura di gara e dalla stipula del contratto di appalto;

con il ricorso incidentale depositato da Corpo Vigili Giurati S.p.A. e da Rangers s.r.l. il 25 febbraio 2021:

per l'annullamento

- del Provvedimento Dirigenziale n. 27/2020 del 23 settembre 2020 adottato dall'Autorità di Sistema Portuale del mar Tirreno Settentrionale, nella parte in cui dispone l'ammissione della concorrente G.I.VI. alla gara indetta dalla medesima Autorità per l'affidamento del “servizio connesso all'attuazione delle misure di security del porto di Livorno” (CIG 82585524B4) e di ogni ulteriore provvedimento presupposto, ivi compresi e specialmente i verbali di tutte le sedute pubbliche della medesima gara nella parte in cui non recano l'esclusione della concorrente G.I.VI. e della sua offerta, ivi compresi e specialmente i verbali delle sedute svolte nelle seguenti date: 21 agosto 2020 (n. 1), 24 agosto 2020 (n. 2), 23 settembre 2020 (n. 3); 23 settembre 2020 (n. 4); 14 ottobre 2020, restandone invece impregiudicata la legittimità nelle parti in cui è ammesso il concorrente RTI CVG-Rangers (ed è ammessa la sua offerta);
- del Provvedimento Dirigenziale n. 13/2020 del 18 dicembre 2020 adottato dall'Autorità di Sistema Portuale del mar Tirreno Settentrionale nella parte in cui, relativamente all'esclusione della concorrente G.I.VI., la motiva senza riferimento alla sua inammissibilità per non conformità ex art. 59 d.lgs. 50/2016, restandone invece impregiudicata la legittimità nella parte in cui la concorrente G.I.VI. è esclusa per anomalia della sua offerta;
- dei verbali delle sedute riservate della commissione giudicatrice, nella parte in cui è assegnato alla G.I.VI. il punteggio massimo di n. 5 punti in applicazione del Criterio D) del Disciplinare di gara ivi compresi, e specialmente, quelli in data 28 settembre 2020, 2 ottobre 2020, 7 ottobre 2020 e 12 ottobre 2020 (restandone invece impregiudicata la legittimità nella parte in cui vengono assegnati i punteggi ad altro concorrente e precisamente al RTI CVG-Rangers), nonché della graduatoria di gara nella parte in cui la

concorrente G.I.VI. compare nella prima posizione (impregiudicata riguardo alla parte in cui al secondo posto compare il RTI CVG-Rangers);

- del provvedimento di eventuale aggiudicazione a favore della concorrente G.I.VI.;

in via subordinata:

- del Bando di gara pubblicato dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale per l'indizione della gara volta all'affidamento del "servizio connesso all'attuazione delle misure di security del porto di Livorno" (CIG 82585524B4)

- del Disciplinare di gara che definisce i contenuti della predetta gara e unitamente al Bando ne stabilisce la *lex specialis* e di tutti i relativi allegati posti a base di gara

- dell'Allegato 2 al Capitolato Prestazionale e d'Oneri posto a base della predetta gara;

- dell'Allegato 5 al Capitolato Prestazionale e d'Oneri posto a base della predetta gara;

- di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate, inerenti la predetta gara, nonché di tutti i provvedimenti adottati nell'ambito della stessa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Corpo Vigili Giurati s.p.a., dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale e di Rangers s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Corpo Vigili Giurati s.p.a. e Rangers s.r.l.;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2021 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno settentrionale (nel seguito: "Autorità") ha indetto una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del rapporto qualità/prezzo, per affidare il servizio di vigilanza e controllo degli accessi ai varchi pubblici portuali, per un periodo di 36 mesi con 6 mesi aggiuntivi di proroga tecnica. All'esito alla procedura è risultata prima classificata l'impresa GI.VI. s.r.l., mentre al secondo posto si è classificato il costituendo raggruppamento di imprese tra Corpo Vigili Giurati s.r.l. e Rangers s.r.l.

È stato attivato il procedimento di verifica sull'anomalia dell'offerta vincitrice all'esito del quale l'Autorità, con provvedimento dirigenziale 18 dicembre 2020, n. 3, ne ha disposto l'esclusione. GI.VI. s.r.l. ha quindi impugnato il provvedimento citato, in uno con tutti gli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia, mediante il presente ricorso, notificato il 15 gennaio 2021 e depositato il 20 gennaio 2021, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti le imprese Corpo Vigili Giurati s.r.l. e Rangers s.r.l. e l'Autorità, chiedendo la reiezione del ricorso. Le imprese controinteressate hanno anche proposto ricorso incidentale, notificato il 12 febbraio 2021 e depositato il 25 febbraio 2021.

2. Con provvedimento dirigenziale 18 gennaio 2021, n. 4, l'Autorità ha aggiudicato il contratto pubblico al r.t.i. costituendo formato dalle controinteressate e il provvedimento è stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17 febbraio 2021 e depositato il 18 febbraio 2021.

Con ordinanza 4 febbraio 2021, n. 202, è stato ordinato all'Autorità di depositare documentazione.

Con ordinanza 4 marzo 2021, n. 119, è stata accolta la domanda cautelare.

All'udienza del 31 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La vicenda in trattazione ha ad oggetto la legittimità di una procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del rapporto qualità/prezzo, per affidare il servizio di vigilanza e controllo degli accessi ai varchi pubblici portuali di Livorno, e prende le mosse dall'esclusione della prima classificata impresa GI.VI. s.r.l. disposta per non avere asseritamente giustificato l'anomalia della propria offerta, con riferimento ai costi della dotazione tecnica delle apparecchiature da impiegare nell'esecuzione del contratto in gara e ai costi amministrativi per la gestione dell'appalto.

1.1 La ricorrente GI.VI. s.r.l., con ricorso principale, impugna la propria esclusione.

Con primo motivo rileva che l'esclusione è stata determinata dalla considerazione che il costo dell'apparecchiatura ammonta a € 38.000,00 e non sarebbe "in linea", secondo la stazione appaltante, con i prezzi di mercato di attrezzature nuove aventi caratteristiche equivalenti. L'incongruità sarebbe stata confermata dalle integrazioni fornite, avendo essa preventivato l'impiego di una apparecchiatura diversa per tipologia, caratteristiche, prestazione e scopi di utilizzo rispetto a quanto richiesto in sede di gara e consistente nel modello "Gilardoni FEPME975", non compreso tra quelli riconosciuti dall'ENAC come apparato "EDS Standard 2 o superiore" in grado di individuare automaticamente gli esplosivi. A questo proposito la ricorrente rileva che l'articolo 9, comma 4, del capitolato di gara richiedeva la disponibilità (a titolo di proprietà, locazione o leasing) di un sistema radiogeno mobile con tale caratteristica al momento di consegna del servizio: si tratterebbe quindi di un requisito di esecuzione che, con l'esclusione citata, sarebbe stato trasformato dalla stazione appaltante in un requisito di partecipazione.

Con secondo motivo lamenta che non sarebbe dimostrata l'incongruità del costo dell'apparecchiatura rispetto ai prezzi di mercato affermata dalla stazione appaltante e l'opzione per l'altra apparecchiatura sarebbe stata

determinata dall'ambiguità della legge di gara. Rileva di avere opzionato altra apparecchiatura dotata di EDS, conforme alle caratteristiche "EDS standard 2", presso l'impresa "Smith detection Italia s.r.l." il cui costo sarebbe del tutto analogo a quello indicato in sede di giustificativi.

Con terzo motivo rileva che dopo avere indicato alla stazione appaltante, in sede di giustificazione, il modello prescelto di apparecchiatura "Gilardoni FEPME975" è stata convocata per svolgere un contraddittorio a distanza il 1° dicembre 2020 e lamenta che nel corso del confronto la stazione appaltante non abbia fatto cenno ad eventuali incongruità dei costi indicati, limitandosi a chiedere chiarimenti tecnici in merito alle attrezzature. Il confronto si è concluso con l'impegno di essa ricorrente a fornire entro qualche giorno i chiarimenti, dopo ricezione di apposita richiesta scritta del Responsabile Unico del Procedimento. Alcune richieste però è stata inoltrata, contravvenendo così ai principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra privato ed Amministrazione.

Con quarto motivo lamenta che l'Autorità abbia evaso solo parzialmente l'istanza di accesso formulata. E' pur stato trasmesso il verbale del confronto svoltosi il 1 dicembre 2020 ma non è stata esibita la videoregistrazione del medesimo; inoltre il verbale non è stato sottoscritto dal legale rappresentante di essa ricorrente e conterrebbe affermazioni mai pronunciate né da quest'ultimo, né dal R.U.P. La ricorrente pertanto, disconosce il contenuto del verbale.

Con quinto motivo si duole che alcuna indagine di mercato sia stata effettuata dalla stazione appaltante a conferma del disallineamento del costo dell'apparecchiatura offerta per il servizio rispetto ai prezzi di mercato. Non sarebbe stata accertata la gravità dello scostamento e il suo potenziale effetto sul margine di utile previsto nell'offerta.

Con sesto motivo la ricorrente rileva che il capitolato conteneva una incongruenza rappresentata dal fatto che da un lato richiedeva un sistema radiogeno mobile con ubicazione dinamica dell'ambito portuale, mentre

nell'Allegato 5 prevedeva l'implementazione del sistema di riconoscimento automatico degli esplosivi EDS che può essere installato solamente su apparecchiature di grandi dimensioni e pesanti, non mobili. I chiarimenti che altra concorrente ha chiesto non sono stati in grado di sciogliere l'enigma. A dire della ricorrente, il contrasto tra il capitolato prestazionale ed il suo Allegato dovrebbe essere risolto nel senso della prevalenza del primo sul secondo, con illegittimità di quest'ultimo il quale contiene una previsione incompatibile con la prescritta mobilità, dinamicità e carrellabilità del sistema radiogeno richiesto per il servizio.

Con settimo motivo si duole dell'ambiguità della risposta fornita dalla stazione appaltante in merito ai chiarimenti richiesti sulle incongruenze esposte nel motivo precedente.

Con ottavo motivo contesta l'affermazione del R.U.P. secondo cui l'assenza del sistema EDS nell'apparecchiatura indicata da essa ricorrente assume rilievo maggiore poiché ha dichiarato che sarebbe stata impiegata esclusivamente e stabilmente nell'appalto, conseguendo così cinque punti sui settanta a disposizione per l'offerta tecnica. Ma la disponibilità del sistema radiogeno richiesto era un requisito di esecuzione dell'appalto sottratto alle valutazioni della commissione giudicatrice e l'unico elemento suscettibile di incidere sull'attribuzione dei punteggi era il criterio quantitativo, e non qualitativo, rappresentato dalla presenza stabile dell'apparecchiatura nel porto.

Con nono motivo contesta la genericità dei rilievi formulati dal R.U.P. in ordine ai costi amministrativi dichiarati da essa ricorrente per la gestione dell'appalto, che non sono nemmeno stati esposti nella richiesta di integrazione del 18 novembre 2020 né durante il successivo incontro a distanza. Non si comprenderebbe il riferimento al numero di unità lavorative impiegate nell'appalto e inoltre la ricorrente rileva di disporre di un software gestionale-contabile di ultima generazione e che il servizio viene svolto internamente.

Con decimo motivo, in subordine, lamenta incompetenza poiché i provvedimenti di esclusione dovrebbero essere adottati non dal dirigente della Stazione appaltante ma dal R.U.P., in base all'articolo 31 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In via di ulteriore subordine, con undicesimo motivo rileva che ove non fosse possibile ravvisare un rapporto di subordinazione tra il Capitolato prestazionale e il suo Allegato 5, il contrasto tra gli atti della legge di gara dovrebbe condurre al loro annullamento, *in parte qua*, e alla conseguente riedizione della procedura.

Chiede conclusivamente l'accoglimento del ricorso e il risarcimento del danno, in forma specifica mediante stipulazione del contratto oppure con risarcimento per equivalente fino al subentro nel servizio.

Formula inoltre istanza di accesso lamentando che la domanda in tal senso formulata alla stazione appaltante è stata soddisfatta solo parzialmente, non essendo stati forniti gli allegati alla relazione del R.U.P. e la registrazione del confronto svolto il 1° dicembre 2000.

1.2 La ricorrente, con motivi aggiunti, impugna l'aggiudicazione del contratto pubblico in gara al raggruppamento temporaneo formato dalle Società Corpo Vigili Giurati (mandataria) e Ranger (mandante), nonché gli atti con cui è stata positivamente conclusa la verifica di anomalia sulla sua offerta.

Con primo motivo la ricorrente lamenta illegittimità derivata.

Con secondo motivo, dedotto a seguito del deposito della videoregistrazione del confronto effettuato con la stazione appaltante, lamenta che il R.U.P., nel corso del colloquio, abbia accolto una richiesta di fornire integrazioni in merito alla difformità dell'attrezzatura offerta rispetto alle specifiche contenute nell'Allegato cinque del capitolato d'onori, e tuttavia di tale richiesta non vi è traccia nel verbale. Inoltre la discrasia accertata dall'Autorità riguarderebbe solo la presenza del modello Gilardoni in un elenco di macchine certificate, nel quale essa rientra non comparando nell'elenco dei

sistemi dotati di EDS, ma nel corso del colloquio non si fa riferimento a questo standard.

Con terzo motivo lamenta che l'aggiudicatario odierno aveva dichiarato nella propria offerta tecnica che avrebbe messo a disposizione un modello non dotato di sistema EDS ma in sede di giustificazione, a modifica dell'offerta presentata, ha indicato un altro modello dotato di tale sistema. Illegittima sarebbe quindi l'esclusione di essa ricorrente che si era impegnata a mettere a disposizione della stazione appaltante un'attrezzatura conforme al capitolato, per disparità di trattamento rispetto al controinteressato.

Con quarto motivo deduce che il costo del sistema radiogeno indicato dal controinteressato dimostrerebbe la congruità della propria offerta.

Con quinto motivo ribadisce che la stazione appaltante avrebbe trasformato un requisito di esecuzione del contratto in gara in un requisito di partecipazione alla procedura e lamenta che l'attrezzatura offerta dal controinteressato sarebbe difforme dalle specifiche tecniche indicate all'allegato cinque del capitolato. Questo infatti stabilisce che la tensione del tubo a raggi X non deve essere superiore a 160 kV, mentre nel dispositivo indicato dal controinteressato essa risulta pari a 170 kV.

Con sesto motivo lamenta che non sarebbe stato svolto alcun contraddittorio in ordine alla congruità dei costi amministrativi per la gestione dell'appalto, non essendo mai stata posta la questione né con la richiesta di integrazioni del 18 novembre 2020, né durante l'incontro a distanza svolto il 1° dicembre 2020.

Con settimo e ottavo motivo deduce che l'aggiudicazione a favore del raggruppamento controinteressato non sarebbe stata preceduta dagli obbligatori adempimenti e verifiche previste dal d.lgs. n. 50/2016, in particolare sul rispetto dei minimi salariali dei dipendenti, e che l'aggiudicatario, in sede di giustificazioni, non avrebbe indicato alcune voci di costo obbligatorie.

1.3 Le controparti replicano alle deduzioni della ricorrente, deducendo in particolare che solo il primo motivo aggiunto di illegittimità derivata sarebbe ammissibile, mentre gli altri palesemente inammissibili in quanto volti ad esercitare un sindacato diretto su atti che la ricorrente non ha alcuna legittimazione a contestare, in quanto impresa allo stato esclusa dalla procedura. Il primo motivo poi sarebbe a sua volta inammissibile in quanto formulato mediante rinvio integrale.

1.4 Con il ricorso incidentale le imprese controinteressate impugnano gli atti di gara nella parte in cui non prevedono l'esclusione della ricorrente principale per motivi diversi da quelli di cui al provvedimento *principaliter* gravato; in subordine chiedono che vengano decurtati cinque dei punti ad essa assegnati per l'offerta tecnica e in ulteriore subordine, che l'intera gara venga annullata.

Con primo motivo rilevano che il criterio D previsto dal disciplinare di gara ai fini dell'attribuzione punteggio tecnico per la dotazione strumentale all'espletamento del servizio, il radiogeno EDS standard 2 o superiore, stabiliva l'attribuzione di cinque punti a favore dei concorrenti la cui offerta garantisse la stabile disponibilità dell'attrezzatura con le caratteristiche minime richieste dall'allegato cinque del capitolato di gara presso uno dei varchi doganali portuali, e che la stessa fosse dedicata al servizio in via esclusiva. La ricorrente ha offerto un radiogeno diverso, non equivalente alle specifiche tecniche di gara e in particolare mancante del sistema automatico di individuazione esplosivi. La ricorrente meriterebbe perciò di essere esclusa dalla gara per avere proposto un'attrezzatura con specifiche tecniche inferiori ai requisiti minimi richiesti alla stazione appaltante. Ove non si ritenesse applicabile questa sanzione, in subordine chiedono che vengano decurtati i cinque punti assegnati alla ricorrente principale in applicazione del criterio "D" di valutazione dell'offerta tecnica.

Con secondo motivo lamentano che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa in quanto priva dell'autorizzazione alla vigilanza armata a svolgere le

attività di cui al DM 15 settembre 2009, n. 154, il cui possesso era richiesto dagli articoli 7.1 e 16.3 del Disciplinare di gara.

Lamentano poi che avrebbe dovuto essere esclusa anche per avere omesso dichiarazioni obbligatoria a norma dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 e, segnatamente, quelle relative alle vicende della cosiddetta operazione “porto connection” Tali presupposti potrebbero rilevare ai fini dell'applicazione dell'esclusione a norma dei disposti di cui alle lettere c) e c-bis) del comma 5 del citato art. 80, d.lgs. n. 50/2016. In memoria di replica, a questo proposito, deducono che la ricorrente non fornirebbe alcuna certezza in ordine all'esito dei procedimenti penali riguardanti un suo precedente legale rappresentante e neanche in merito alle misure di self-cleaning adottate, e chiedono l'autorizzazione al deposito tardivo del foglio presenze relativo alle sedute dell'Associazione italiana vigilanza e servizi fiduciari-ASSIV svolte 30 giugno 2000 e 27 ottobre 2020, cui lo stesso avrebbe partecipato, poiché rafforzerebbero le sue censure in proposito.

Con terzo motivo deducono che la ricorrente non avrebbe potuto essere ammessa poiché non avrebbe dimostrato, neppure nel corso del procedimento di verifica sull'anomalia della sua offerta, di possedere le dotazioni di personale adeguate al servizio con i requisiti necessari. Essa ha fornito spiegazioni circa l'assorbimento del personale dal gestore uscente del servizio ma non notizie sull'effettivo interesse di tali lavoratori al transito e nell'ipotesi in cui essi non fossero disponibili, non sarebbe in grado di reperire sul mercato il personale in tempi utili.

In via subordinata, con quarto motivo le ricorrenti incidentali si dolgono della contraddittorietà della legge speciale di gara chiedendo che la procedura venga annullata e rieditata. Il motivo si basa sulla circostanza che gli articoli 7 e 16 del Disciplinare di gara utilizzano medesimo dato curriculare, ovvero l'avvenuta esecuzione di servizi analoghi nell'ultimo triennio dal bando, sia quale requisito di ammissione che per l'assegnazione del punteggio tecnico.

Altrettanto accade per l'apparecchiatura, utilizzata a fini sia selettivi che premianti.

1.5 La ricorrente principale e la stazione appaltante eccepiscono l'inammissibilità del ricorso incidentale poiché proposto dalla parte che ha già conseguito l'aggiudicazione del contratto in gara e tendente ad ottenere l'esclusione di un'impresa che già è stata esclusa.

La prima eccepisce inoltre difetto di interesse alla proposizione del ricorso incidentale, poiché il raggruppamento controinteressato avrebbe partecipato con un'offerta dichiaratamente difforme dalle prescrizioni di gara.

2. In via preliminare, stante la proposizione di un ricorso incidentale da parte delle controinteressate, occorre stabilire l'ordine di trattazione di quest'ultimo rispetto al ricorso principale.

In ottemperanza alla giurisprudenza comunitaria in materia, la cui ricostruzione viene in questa sede omessa per ragioni di sinteticità rimandando alla sentenza di questa Sezione 28 gennaio 2021, n. 164, deve rilevarsi che l'accoglimento del gravame incidentale non può determinare l'improcedibilità o l'inammissibilità di quello principale. In tal caso continua infatti ad esistere, in capo al ricorrente principale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla rinnovazione della gara, e ciò vale anche se alla stessa hanno partecipato altre imprese oltre a quelle coinvolte nel processo. Ne segue che il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto nel senso che il ricorso principale va esaminato per primo, in quanto da esso dipende la sorte del ricorso incidentale. L'interesse alla trattazione del ricorso incidentale è infatti strutturalmente condizionato al ricorso principale nel senso che sorge con la proposizione di questo e con il medesimo perdura. Ove il ricorso principale sia infondato, si determina l'improcedibilità del ricorso incidentale; nel caso contrario l'accoglimento del primo comporta di necessità lo scrutinio del secondo.

Verrà quindi scrutinato in via preliminare il ricorso principale.

3. Sempre in via preliminare, il Collegio dà atto che l'intera documentazione di cui era stata richiesta l'esibizione con istanza di accesso è stata depositata. Per questa parte deve quindi essere dichiarata cessata la materia del contendere.

4. Nel merito il ricorso principale è fondato.

Il capitolato di gara, all'articolo 9, elenca "dotazioni e equipaggiamenti" di cui deve essere dotato il vincitore della gara e, in particolare, al punto 4 specifica che l'aggiudicatario, alla consegna del servizio (e non nel corso della procedura), avrebbe dovuto essere dotata con pronta disponibilità all'utilizzo, entro il tempo massimo di sei ore, di un sistema radiogeno per il controllo bagagli con le caratteristiche di cui all'allegato 5, e in particolare dotato di sistema di rilevazione automatica degli esplosivi. Come correttamente lamenta la ricorrente con primo motivo, si tratta di un requisito di esecuzione e non di partecipazione, né di valutazione dell'offerta. La disponibilità della strumentazione è infatti richiesta dalla legge di gara non al momento di presentazione dell'offerta, ma a quello di stipulazione del contratto e inizio del servizio, come testualmente recita il capitolato. Ne segue che la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'esclusione della ricorrente ma esigere la disponibilità dell'attrezzatura, conforme alle specifiche tecniche di gara, nel termine di cui sopra prima della stipulazione del contratto, eventualmente concedendo la possibilità (entro detto termine) di procurarsi un'apparecchiatura idonea, ove quella proposta non possedesse le caratteristiche richieste.

Il possesso del requisito di esecuzione non rileva nella fase di selezione delle offerte e nemmeno in quello di verifica dell'anomalia; quest'ultimo non era il segmento procedurale dedicato alla verifica in tal senso. La stazione appaltante piuttosto (in caso di esito positivo della verifica di anomalia) avrebbe dovuto concedere il termine di sei ore alla ricorrente per procurarsi l'apparecchiatura necessaria all'esecuzione del servizio, con le caratteristiche tecniche richieste.

Il requisito di esecuzione rappresenta un elemento materialmente necessario per l'esecuzione dell'appalto e, come tale, è legittimamente esigibile dal concorrente aggiudicatario definitivo come “condizione” per la stipulazione del contratto. In caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione, la strumentazione necessaria all'esecuzione del contratto in gara (C.d.S. V, 30 settembre 2020, n. 5734; 18 dicembre 2020, n. 8159).

Se poi la stazione appaltante avesse inteso assicurarsi che i concorrenti avessero la disponibilità della strumentazione tecnica già in fase di gara (impregiudicata restando ogni valutazione sulla proporzionalità di simile previsione), avrebbe dovuto esplicitarlo nella *lex specialis* chiarendo che il possesso di detta strumentazione era condizione per partecipare alla procedura. Così come formulata, invece, la legge di gara esplicita che la disponibilità del macchinario è condizione di esecuzione del contratto da aggiudicare e non può quindi rientrare nella valutazione dell'offerta, e in particolare non può essere oggetto di verifica di anomalia poiché trattasi di componente estranea all'offerta e successiva alla stessa, rilevante solo nella fase e al momento di avvio dell'esecuzione del contratto o, per meglio dire, al momento della stipulazione del contratto quale condizione di quest'ultima.

Si aggiunga che le contestazioni della stazione appaltante in ordine al costo dell'apparecchiatura proposta dalla ricorrente appaiono generiche.

Nella relazione del R.U.P. assunta a supporto motivazionale dell'esclusione contestata, viene apoditticamente affermato che la somma di € 38.000,00 per l'apparecchiatura, comunque ritenuta inidonea, proposta dalla ricorrente non è linea con i prezzi di mercato. Ma come correttamente rileva la ricorrente, tale valutazione non è supportata da alcuna indagine di mercato né da altri elementi e rimane quindi indimostrata.

La relazione in questione, nel motivare l'esclusione comminata nei confronti della ricorrente, fa riferimento anche ai costi amministrativi per la gestione

dell'appalto, preventivati € 10.500,00 e ritenuti non congrui in relazione alla previsione di impiegare 55 unità lavorative per tutta la durata dell'appalto. Si tratta tuttavia di un elemento su cui la ricorrente non ha potuto controdedurre poiché non è oggetto della richiesta di cui alla nota dell'Autorità 18 novembre 2020, prot. 38498, e nemmeno è stato contestato durante l'incontro di cui alla videoregistrazione in atti.

Conclusivamente, colgono nel segno i motivi primo, secondo e nono del ricorso principale, il cui accoglimento è sufficiente ad annullare il provvedimento di esclusione della ricorrente. Ne segue l'accoglimento anche del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, rivolto avverso l'aggiudicazione e i conseguenti provvedimenti a favore del raggruppamento controinteressato con conseguente caducazione dei medesimi.

Le restanti censure proposte in entrambi i ricorsi possono essere assorbite.

5. Si deve passare ora alla trattazione del ricorso incidentale proposto dalle controinteressate, l'interesse al cui scrutinio deriva dalla riammissione in gara della ricorrente principale.

5.1 Non colgono nel segno le eccezioni di inammissibilità del ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale è strumento di difesa posto dall'ordinamento a disposizione del controinteressato al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento *principaliter* impugnato per ragioni che ridondino a suo favore. E' tipico di questa tipologia di gravame, come sopra rilevato, la dipendenza dal ricorso principale, nel senso che l'interesse alla sua trattazione deriva dalla fondatezza di quest'ultimo ed è condizionato al suo accoglimento. La reiezione del ricorso principale comporta improcedibilità di quello incidentale e per converso, l'accoglimento del primo comporta la necessità di effettuare lo scrutinio del secondo.

La legittimazione delle controinteressate e il loro interesse alla proposizione del ricorso incidentale sono venuti in essere, nella fattispecie, a seguito della proposizione del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti poiché esse

avevano titolo a difendere l'aggiudicazione a proprio favore, resa incerta dai suddetti gravami. Detto interesse si è poi consolidato con il loro accoglimento. Questa circostanza riporta infatti il procedimento di gara alla fase antecedente l'aggiudicazione avvenuta a loro favore, con caducazione della stessa. Ne segue il loro diritto ad una pronuncia giudiziale sul ricorso incidentale che hanno proposto, il cui accoglimento può in astratto soddisfare il loro interesse all'eliminazione della ricorrente principale per ragioni diverse da quelle che erroneamente la stazione appaltante ha posto a base del provvedimento *principaliter* impugnato o, in subordine, alla caducazione dell'intera gara con rifacimento della stessa e conseguimento quindi di una nuova chance di aggiudicazione.

5.2 Deve essere respinta l'eccezione ulteriore di difetto di interesse alla trattazione del ricorso incidentale. La ricorrente principale fonda l'eccezione sulla circostanza che il raggruppamento controinteressato avrebbe partecipato alla gara *de qua* con un'offerta dichiaratamente difforme dalle prescrizioni di gara. La sua posizione giuridica però può comunque essere tutelata mediante l'accoglimento del ricorso incidentale nella parte in cui contesta la legittimità dell'intera procedura. In tal caso infatti sarebbe soddisfatto, se non l'interesse finale al conseguimento del bene della vita, l'interesse strumentale alla riedizione dell'intera gara e tanto è sufficiente a supportare la legittimazione a tale tipologia di gravame (*ex multis*, C.G.U.E. X, 5 settembre 2019 in causa C-333/18).

5.3 Nel merito il primo motivo del ricorso incidentale è inconferente.

E' appurato che la disponibilità del sistema radiogeno, con le specifiche tecniche indicate dalla legge di gara e in particolare con il sistema per l'individuazione degli esplosivi, era requisito di esecuzione e non di partecipazione o di valutazione dell'offerta. Ne segue che essa non poteva influire sull'attribuzione dei punteggi ma sulla stipulazione del contratto. La mancanza dell'attrezzatura idonea così come non poteva rilevare né quale motivo di esclusione della ricorrente, né quale motivo per l'attribuzione di un

determinato punteggio; poteva invece solo comportare il (legittimo) rifiuto della stazione appaltante alla stipulazione del contratto.

Sono infondati anche i motivi secondo e terzo, tendenti all'esclusione della ricorrente dalla procedura poiché:

- la ricorrente possiede la licenza prefettizia alla gestione dei servizi di vigilanza (doc. 48 produzione ricorrente);
- ha dichiarato in gara l'indagine cui si riferisce il ricorso incidentale (doc. 49 produzione ricorrente – D.G.U.E. presentato) e a questo proposito non sono ammissibili le deduzioni delle controinteressate contenute in memoria di replica poiché, come correttamente fa presente la ricorrente principale, funzione di tale atto è quella di replicare alle difese degli avversari e non di sviluppare ulteriori argomentazioni né, men che meno, di introdurre nuovi motivi di censura (T.A.R. Toscana II, 3 aprile 2019 n. 491);
- le contestazioni circa la mancata dimostrazione da parte della ricorrente principale di possedere la dotazione di personale adeguata sono formulate in modo generico e prive di concreto riscontro.

In via subordinata, con quarto motivo la ricorrente incidentale si duole dell'asserita contraddittorietà della legge speciale di gara chiedendo che la procedura venga interamente annullata.

Il motivo è fondato, con riferimento alla circostanza che la legge di gara utilizza la disponibilità della dotazione radiogena tanto quale requisito di esecuzione, quanto quale elemento premiante dell'offerta tecnica con cinque punti (criterio "D" di selezione dell'offerta). Sotto questo profilo la legge di gara è intrinsecamente contraddittoria poiché pretende di valutare, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, un elemento il cui possesso non doveva essere richiesto nel corso della procedura ma unicamente ai fini, e quale condizione, della stipulazione del contratto. Poiché la rilevanza dell'attrezzatura inizia in quel momento, essa non poteva essere considerata ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico nemmeno sotto il limitato profilo dell'impegno del concorrente a collocarla stabilmente nel porto di Livorno,

destinandola esclusiva mente al servizio *de quo*. Trattasi infatti di un elemento necessario ai fini dell'esecuzione del contratto in gara e, pertanto, anche un impegno in tal senso (destinazione esclusiva al servizio dell'apparecchiatura) poteva rilevare solo in tali limiti e non essere assunto per l'attribuzione del punteggio tecnico.

Non rileva che queste circostanze siano denunciate, nel ricorso incidentale, quale commistione tra un requisito di esecuzione e un requisito di ammissione, invece che di valutazione dell'offerta tecnica, perché in base al principio *iura novit curia* il giudice può qualificare giuridicamente i fatti sottoposti alla sua attenzione indipendentemente da quanto rappresentato dalle parti.

Il ricorso incidentale è quindi fondato sotto questo profilo e merita di essere accolto; l'accoglimento della censura investe la procedura svolta nella sua integralità, non essendo possibile fare salvi alcuno degli atti di gara poiché il vizio inerisce all'integrale impostazione della stessa. Ne segue pertanto l'annullamento integrale della procedura svolta.

6. In conclusione, devono essere accolti il ricorso principale, il ricorso per motivi aggiunti e il ricorso incidentale, nei termini sopra descritti, con conseguente annullamento dell'intera procedura.

Le spese processuali vengono compensate in ragione della reciproca soccombenza delle parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, i motivi aggiunti e il ricorso incidentale, dichiara cessata la materia del contendere sull'istanza di accesso formulata dalla ricorrente e accoglie il ricorso principale, il ricorso per motivi aggiunti e il ricorso incidentale; per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei sensi e termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 25, comma 2, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO