

N. 03834/2011 REG.PROV.COLL.
N. 11976/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11976 del 2010, proposto da:
Soc Capgemini Italia Pa, rappresentato e difeso dagli avv. Damiano Pallottino, Domenico Luca Scordino, con domicilio eletto presso Studio Legale Ripa Di Meana & Associati in Roma, piazza dei Caprettari, 70;

contro

Ministero dell'Interno - Dipartimento Per Le Liberta' Civili e L'Immigrazione, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

a) in via principale:

- della nota prot. n. 0006474 del 10 novembre 2010 del Ministero dell'Interno – Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, a firma del Responsabile del Procedimento Ing. Francesco Giunta, con cui si comunica alla Soc. Capgemini Italia p.a., quale capogruppo del costituendo R.T.I. con la Soc. Present p.a., l'esclusione dalla gara per l'affidamento in appalto dei “servizi di evoluzione, manutenzione e gestione del sistema

informativo del DLCP”;

- delle Risposte del Ministero dell’Interno ai quesiti n. 1 e n. 4, quali atti presupposti alla nota del 10 novembre 2010 di comunicazione di esclusione ed ivi richiamati;

- delle Risposte del Ministero dell’Interno ai quesiti n. 11, n. 54 e n. 56, inerenti la disciplina delle abilitazioni di sicurezza all’interno della gara;

- della nota prot. 0007380 del 7 dicembre 2010 del Ministero dell’Interno – Dipartimento per le Libertà Civili e l’Immigrazione, a firma del Responsabile del Procedimento Ing. Francesco Giunta, con cui – in riscontro della nota trasmessa ex art. 243 bis D.Lgs n. 163/2006 dalla Soc. Capgemini Italia p.a. in data 24 novembre 2010, contenente l’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso giurisdizionale – si conferma l’esclusione del costituendo R.T.I. tra la Soc. Capgemini Italia p.a. e la Soc. Present p.a. dalla gara;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi inclusa la nota, lettera, comunicazione della Commissione salutatrice delle offerte, di estremi sconosciuti, con cui è stata ritenuta la sussistenza dei presupposti per l’esclusione del costituendo R.T.I. tra la Soc. Capgemini Italia p.a. e la Soc. Present p.a. dalla gara, come richiamata nella nota del 10 novembre 2010 di comunicazione della esclusione;

b) in via ulteriore e subordinata alla azione sub a)

- della disposizione contenuta nel par. III.2.1., comma 2, lett. b) del Bando di gara e posta alla base della nota del 10 novembre 2010 di comunicazione di esclusione del costituendo R.T.I. tra la Soc. Capgemini Italia p.a. e la Present p.a. dalla gara, nella parte in cui si ritenesse contenere la previsione del possesso di abilitazione di sicurezza definitiva in capo alle imprese concorrenti;

- nonché della disposizione contenuta al par. 3, n. 5 del Disciplinare di gara relativa ai “Requisiti minimi di partecipazione – Situazione giuridica”, nella

parte in cui viene riprodotta la menzionata disposizione del Bando di gara;
c) nonché, in via ulteriore alla azione sub a) ed alla azione sub b)
- per la condanna del Ministero dell'Interno alla reintegrazione in forma
specifica in favore del R.T.I. tra la Soc. Capgemini Italia p.a. e la Soc.
Present p.a. mediante la riammissione alla gara;
ovvero, in via subordinata, al risarcimento integrale di tutti i danni subiti e
subendi per la mancata riammissione alla gara, ivi inclusi quelli per la
partecipazione alla stessa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno -
Dipartimento Per Le Liberta' Civili e L'Immigrazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2011 il dott. Alessandro
Tomassetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Con bando del 10.9.2010, pubblicato in GUCE il 14.9.2010, il Ministero
dell'Interno ha indetto una gara per l'affidamento dei servizi di evoluzione,
manutenzione e gestione del sistema informativo del DLCI.

Al punto III.2.1 lettera e), il bando ha prescritto che: pena l'esclusione dalla
gara ciascun concorrente deve soddisfare, anche ai sensi di quanto stabilito
nel disciplinare di gara, le seguenti condizioni : titolarità del NOS (nulla
osta sicurezza) nella modalità prevista dalla legge n. 124 del 2007 con
classificazione, in relazione all'art. 42, minima di "Riservato".

Il disciplinare ha disposto, al punto 3.3, requisiti minimi di partecipazione
che: l'offerente dovrà comprovare, anche a mezzo di dichiarazione resa ai
sensi degli artt. 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000, la titolarità del NOS nella
modalità prevista dalla legge n. 124 del 2007 con classificazione, in

relazione all'art. 42, minima di "Riservato".

Nel dettaglio, per la gara in esame, l'aggiudicatario dell'appalto in fase di esecuzione del contratto, così come previsto dal bando di gara e dal capitolato tecnico del Lotto 3, dovrà provvedere allo: sviluppo ad hoc e manutenzione evolutiva del software applicativo; manutenzione correttiva ed adeguativa del software applicativo; servizi professionali di supporto tecnico-funzionale per l'avviamento in esercizio del software applicativo, il supporto agli utenti help desk applicativo di II livello, formazione del personale all'uso delle applicazioni, coordinamento della fornitura, trasferimento delle conoscenze a fine fornitura, nonché fornire sotto la specifica di Luogo di erogazione e ad esclusione degli ambienti di esercizio, test e collaudo che saranno forniti dall'Amministrazione presso le sedi di San Marcello e Vicinale.

Con nota prot. n. 0006474 del 10 novembre 2010, il Ministero ha comunicato alla ricorrente la sua esclusione in quanto la stessa non risultava in possesso del NOS.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato il predetto provvedimento per violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Si è costituita l'Amministrazione resistente deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla udienza del 12 aprile 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Occorre preliminarmente richiamare la normativa in materia.

Il Nulla Osta Sicurezza (NOS) è una abilitazione al trattamento di informazioni, documenti o materiali classificati. La tipologia del NOS è correlata al tipo di classifica di segretezza della notizia o del documento. Le classifiche di segretezza sono attribuite, sulla base dei criteri seguiti nelle

relazioni internazionali, per circoscrivere la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi e siano a ciò abilitati in ragione delle proprie funzioni istituzionali.

La disciplina del trattamento delle informazioni classificate e del rilascio delle abilitazioni di sicurezza è prevista dal D.P.C.M. 7 giugno 2005, dal D.P.C.M. 3 febbraio 2006 e dalla L. 3 agosto 2007, n. 124.

In particolare, l'art. 1 D.P.C.M. 7 giugno 2005 "Disposizioni in materia di rilascio del nulla osta di sicurezza personale" dispone che "ai fini del presente decreto si intende: (...) e) per «nulla osta di sicurezza» - in seguito NOS - la determinazione che autorizza l'Ente richiedente ad avvalersi di una persona in attività che comportano la trattazione di informazioni classificate; f) per «abilitazione preventiva» - in seguito AP - la determinazione che autorizza la ditta individuale, la società, la persona giuridica di diritto privato, l'ente privato, l'associazione o l'organismo a partecipare a gare classificate. La materia è disciplinata dalla pubblicazione PCM-ANS 1/R, Vol. III, Sicurezza industriale; g) per «nulla osta di sicurezza complessivo» - in seguito NOC - la determinazione che autorizza la ditta individuale, la società, la persona giuridica di diritto privato, l'ente privato, l'associazione o l'organismo ad effettuare lavorazioni classificate. La materia è disciplinata dalla pubblicazione PCM-ANS 1/R, Vol. III, Sicurezza industriale; h) per «trattazione di informazioni classificate», qualunque operazione di originazione, contabilizzazione, registrazione, preparazione per la spedizione, distribuzione, trasmissione, diramazione, ricezione, visione, consultazione, discussione, custodia, riproduzione, trasporto e distruzione autorizzata di informazioni classificate, sotto qualunque forma espresse e con o senza una o più qualifiche di sicurezza internazionali".

Quanto alle funzioni svolte dai previsti nulla osta, l'art. 2 dello stesso

D.P.C.M. dispone che “1. Il rilascio del NOS consente alla Pubblica amministrazione, alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo, già legittimati alla trattazione di informazioni classificate, di poter impiegare una persona, in attività che comportano la necessità di trattare informazioni classificate «SEGRETISSIMO», «SEGRETO» o «RISERVATISSIMO». 2. Il rilascio del NOS è subordinato al favorevole esito di un preventivo procedimento di accertamento soggettivo sulla base delle disposizioni emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, a seguito del quale deve essere comunque esclusa dalla trattazione di informazioni classificate la persona il cui comportamento nei confronti delle istituzioni democratiche non dia sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà ai valori della Costituzione repubblicana ed alle ragioni di sicurezza dello Stato, nonché ai fini della conservazione del segreto. 3. La Pubblica amministrazione, le ditte individuali, le società, le persone giuridiche di diritto privato, gli enti, le associazioni e gli organismi legittimati alla trattazione di informazioni classificate definiscono, sulla base dei rispettivi ordinamenti interni ed esigenze funzionali, gli incarichi che comportano, ai fini del rilascio dei NOS, l'effettiva necessità di trattare informazioni classificate «SEGRETISSIMO», «SEGRETO» o «RISERVATISSIMO». 4. Il rilascio dell'AP consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo di partecipare a gare classificate in ambito nazionale ed internazionale o a trattative per l'esecuzione di studi o lavori classificati a livello RISERVATO e superiore. 5. Il rilascio del NOSC consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo di condurre lavori, esperienze, studi e progettazioni classificate in ambito nazionale e internazionale a livello RISERVATO e superiore”.

Nello stesso senso il D.P.C.M. 3 febbraio 2006 “Norme unificate per la

protezione e la tutela delle informazioni classificate”, all’art. 3 dispone che: “Ai fini del presente decreto si intende per: (...) pp) «Nulla osta di sicurezza» - in seguito NOS - la determinazione che autorizza il Ministero, l'ente o l'impresa richiedente ad avvalersi di una persona in attività che comportano la trattazione di informazioni classificate a livello «Riservatissimo» o superiore; (...) uu) «Abilitazione preventiva», la determinazione che consente all'impresa di partecipare a gare classificate in ambito nazionale ed internazionale ovvero a trattative per l'esecuzione di studi o lavori classificati; vv) «Nulla osta di sicurezza complessivo», la determinazione che consente all'impresa aggiudicataria o affidataria della commessa di condurre lavori, esperienze, studi e progettazioni classificati in ambito nazionale ed internazionale”.

In merito alla partecipazione alle gare di appalto, gli artt. 25 e 26 del D.P.C.M. 3 febbraio 2006 dispongono che: “art. 25 1. L'impresa che intende partecipare ad una gara classificata in ambito nazionale od internazionale, o a trattative per l'esecuzione di studi o lavori classificati, deve richiedere all'Autorità nazionale per la sicurezza il rilascio dell'Abilitazione preventiva. 2. Nei casi previsti al comma 1, se l'impresa ha necessità di trattare informazioni classificate anche con sistemi EAD, la stessa deve richiedere all'Autorità nazionale per la sicurezza, contestualmente all'Abilitazione preventiva, anche l'omologazione di tali sistemi; art. 26 1. L'impresa che deve dare esecuzione ad un contratto di cui è risultata aggiudicataria o assegnataria, che prevede la trattazione di informazioni classificate, richiede il rilascio del Nulla osta di sicurezza complessivo all'Autorità nazionale per la sicurezza, in conformità alle disposizioni che regolano la materia. 2. Nei casi previsti al comma 1, se l'impresa ha necessità di trattare informazioni classificate con sistemi EAD o COMSEC, richiede all'Autorità nazionale per la sicurezza, contestualmente al Nulla osta di sicurezza complessivo, anche

l'omologazione di tali sistemi e l'abilitazione COMSEC”.

La legge n. 124 del 2007 è relativa al Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto. In proposito, l'art. 42 dispone che le classifiche di segretezza attribuibili sono quattro, in ordine decrescente: segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato.

Nell'ambito del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza - DIS presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 4, comma 7, della legge n. 124/2007, è istituito l'Ufficio Centrale per la Segretezza - UCS, a norma dell'art. 9 della legge n. 124/2007, che rilascia le abilitazioni NOS relative a persone, enti, imprese e società che devono trattare informazioni classificate. L'art. 9 dispone che il NOS ha la durata di cinque anni per la classifica “segretissimo” e di dieci anni per le classifiche “segreto e riservatissimo” indicate nell'art. 42. A ciascuna delle tre classifiche di segretezza corrisponde un distinto livello di NOS.

Con i motivi di ricorso la ricorrente lamenta che la sua esclusione si fonda su una errata interpretazione della disciplina legislativa e regolamentare in materia di informazioni classificate e abilitazioni di sicurezza.

L'assunto è fondato.

Rileva il Collegio come dalla normativa surriportata si evinca come ai fini della partecipazione alle gare di appalto sia sufficiente il possesso della abilitazione preventiva in capo alle imprese partecipanti, risultando la abilitazione complessiva richiesta soltanto ai fini della esecuzione dell'appalto.

Quanto, poi, al nulla osta sicurezza, lo stesso è previsto dalla L. n. 124/2007 soltanto con riguardo alle informazioni classificate quali “Segretissime, Segrete o Riservatissime” e non già, come nella ipotesi in esame, meramente “Riservate”.

Sotto tale profilo, quindi, l'Amministrazione erroneamente ha interpretato le disposizioni normative richiedendo un requisito (possesso del NOS)

relativamente ad una fattispecie non rientrante in quelle espressamente disciplinate dal legislatore.

La stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nei pareri n. 133 del 7.7.2010 e n. 41 del 2.4.2009) ha, del resto, precisato che il NOS – disciplinato dal DPCM 7.6.2005 e, da ultimo, dal DPCM 3.2.2006 – non può essere previsto come requisito di partecipazione alla procedura di gara in quanto questo determinerebbe una restrizione all'accesso alla gara e, conseguentemente, una limitazione della concorrenza. In altre parole, la PA si deve limitare a richiedere il predetto certificato come requisito di esecuzione del contratto dal momento che esso attiene alla fase di svolgimento del contratto di appalto oggetto di affidamento.

Né, d'altra parte, può ritenersi che l'indicazione della Amministrazione in ordine alla presenza di un elemento aggiuntivo rispetto a quello espressamente richiesto dalle disposizioni normative trovi giustificazione in criteri di opportunità manifestamente indicati negli atti di gara. Come noto, infatti, l'apposizione negli atti di indizione di una gara di clausole più restrittive rispetto a quelle minime imposte dalla normativa in materia deve rispondere a precisi criteri di opportunità.

Nella specie le esigenze indicate dall'amministrazione connesse alla peculiarità del servizio da svolgere (amplius cfr. relazione in fascicolo erariale dell'11.1.2011) - lungi dal consentire l'adozione della clausola restrittiva contestata e quindi ridondare a carico dei concorrenti - avrebbero dovuto essere fronteggiate mediante un'adeguata e preventiva azione amministrativa volta ad approntare gli adempimenti per il nuovo contratto in maniera tempestiva, tale da non aversi soluzioni di continuità rispetto a quello precedente.

In tale prospettiva, peraltro - così come ritenuto anche dalla sezione I ter di questo Tribunale in analoga fattispecie (sentenza n. 1653/2011) - deve

anche superarsi la questione relativa alla necessità – per la impresa partecipante alla gara di appalto – di impugnare immediatamente la clausola escludente in considerazione del fatto che nella presente controversia non vengono in rilievo clausole escludenti contenute negli atti di indizione della gara che inibiscono la partecipazione della ricorrente (Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1) quanto, piuttosto, mere valutazioni della Amministrazione in ordine ai requisiti rilevanti per la partecipazione alla gara di appalto.

D'altra parte, occorre anche osservare come la giurisprudenza sia pacifica nell'affermare che - nelle procedure di gara - in assenza di clausole contrarie della *lex specialis*, le stesse devono essere intese in modo meno restrittivo al fine di garantire il principio della massima partecipazione (cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 85).

Invero nell'ambito delle gare pubbliche, costituiscono principi generali quello della massima partecipazione e della concorrenza. Tali principi conducono ad una interpretazione che favorisce piuttosto che restringere la platea dei possibili concorrenti. In caso di clausole equivoche o di dubbio significato nelle procedure di evidenza pubblica, purché ciò non confligga con il principio di parità di trattamento tra i concorrenti, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (Consiglio Stato , sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7403).

Nel caso di specie, come sostenuto dalla ricorrente, l'abilitazione preventiva (NOSP) è requisito sufficiente per la partecipazione alla gara di appalto mentre il nulla osta complessivo (NOSC) è rilevante solo ai fini della esecuzione dell'appalto oggetto di gara.

D'altra parte, il NOS risulta richiesto dal legislatore soltanto con riguardo a determinate categorie di informazioni (Segretissime, Segrete e Riservatissime) non rientranti nell'oggetto dell'appalto in esame.

Sotto tali profili il ricorso è fondato e deve essere accolto con annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente. L'annullamento del provvedimento di esclusione comporta l'annullamento, altresì, di tutti gli atti successivi, eventualmente adottati.

Quanto al risarcimento del danno, ritiene il Collegio che l'annullamento dell'atto di esclusione, importando il ripristino della situazione giuridica soggettiva della ricorrente, costituisca integrale soddisfazione della pretesa della parte ricorrente con conseguente superamento dell'interesse fatto valere con la pretesa di risarcimento danni.

Nel rispetto del principio di soccombenza le spese di giudizio sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione.

Respinge l'istanza risarcitoria.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese processuali liquidate in complessivi euro 3.000,00 oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Alessandro Tomassetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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