

N. 02515/2012 REG.PROV.COLL.
N. 09355/2011 REG.RIC.
N. 09356/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

(CON SENTENZA PARZIALE)

1) sul ricorso numero di registro generale 9355 del 2011, proposto da Fidelitas s.p.a., La Ronda Servizi di Vigilanza s.p.a., Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte s.r.l., Istituto di Vigilanza Città di Treviglio s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Giorgio Orsoni, Bruna Lazzerini ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Sacbo s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Di Meo e Franco Bertacchi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, n. 2;

nei confronti di

Italpol Vigilanza Milano s.r.l., in proprio e quale mandataria di costituenda a.t.i., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovan Candido Di Gioia e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, n. 27;

Ati - Sicuritalia s.p.a., Sipro Sicurezza Professionale s.r.l.;

2) sul ricorso numero di registro generale 9356 del 2011, proposto da Fidelitas s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Orsoni, Bruna Lazzerini ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Sacbo s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Bertacchi e Stefano Di Meo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, n. 2;

nei confronti di

Sicurezza Professionale s.r.l., North Est Service s.p.a. (Nes s.p.a.), Sicuritalia s.p.a., Civis Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale s.p.a.; Itapol Vigilanza Milano s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Giovan Candido Di Gioia e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, n. 27;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9355 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Lombardia – Brescia, sezione II, n. 1235/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZI DI VIGILANZA E SICUREZZA AEROPORTO DI BERGAMO ORIO AL SERIO;

quanto al ricorso n. 9356 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Lombardia – Brescia, sezione II, n. 1297/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZI DI SICUREZZA E VIGILANZA IN AMBITO AEROPORTUALE;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio come da epigrafe;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Perrettini, per delega dell'avv. Clarizia, Lazzarini, Bertacchi, Di Meo, Di Gioia e Zoppolato.

1. La Società per l'aeroporto civile di Bergamo – Orio al Serio, d'ora innanzi SACBO s.p.a., indiceva una gara per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza in ambito aeroportuale.

2. Tra i requisiti di partecipazione era richiesta l'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s. – r.d. 18 giugno 1931 n. 773, rilasciata dalla Prefettura di Bergamo ovvero, come successivamente chiarito, una licenza emessa dalla Prefettura della provincia dove ha sede il concorrente, se la stessa è rilasciata per l'esercizio dell'attività in più province inclusa quella di Bergamo (art. III.2.3. del bando di gara; art. 10.3.a) del disciplinare).

I concorrenti, inoltre, dovevano rendere una dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, con cui si obbligavano in caso di affidamento del servizio, ad ottenere, entro 60 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, una certificazione rilasciata dall'ENAC, relativa al possesso di tutti i requisiti richiesti dal d.m. n. 85/1999 per l'esercizio dell'attività di vigilanza in aeroporto [punto 11.1.10.a) del disciplinare].

Ciò in ragione del fatto che la specifica normativa regolamentare per la vigilanza in aeroporto richiede, oltre all'ordinaria licenza per la vigilanza armata di cui all'art. 134 t.u.l.p.s., anche l'apposita abilitazione rilasciata dall'ENAC alla luce del decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti di concerto con il Ministro dell'interno 29 gennaio 1999 n. 85 e del decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti 23 febbraio 2000.

3. Nella seduta del 4 gennaio 2011, veniva escluso dalla gara il costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a.

Tanto in base al rilievo che l'autorizzazione di p.s. ex art. 134 t.u.l.p.s. - rilasciata a Securitalia s.p.a. - sarebbe limitata e non ne sarebbe stata chiesta l'estensione per il servizio oggetto di appalto ai sensi dell'art. 257-ter, r.d. n. 635/1940, regolamento di esecuzione del t.u.l.p.s.

4. La gara veniva in prosieguo aggiudicata a SIPRO Sicurezza professionale s.r.l., in breve SIPRO s.r.l., mentre al secondo posto si classificava il costituendo r.t.i. avente come rappresentante Fidelitas s.p.a.

5. Ne originavano tre contenziosi davanti al T.a.r. Lombardia - Brescia.

5.1. Il costituendo r.t.i. rappresentato da Fidelitas s.p.a. proponeva ricorso contro l'aggiudicazione in favore di SIPRO s.r.l. (ricorso al Tar r.g. 166/2011).

5.2. A sua volta il costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. - Securitalia s.p.a. impugnava la propria esclusione (ricorso al Tar r.g. 168/2011).

Tale esclusione veniva sospesa dal Tar adito con l'ordinanza 25 febbraio 2011, n. 211, che veniva confermata dal Consiglio di Stato (con ordinanza della VI sezione, 30 marzo 2011, n. 1412).

L'ordinanza cautelare del Tar riteneva il ricorso assistito da *fumus boni iuris* e ordinava la riammissione in gara del concorrente escluso e la riedizione del potere.

5.3. Nel riesercizio del potere, la stazione appaltante riammetteva in gara il costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. - Securitalia s.p.a., e, valutatane l'offerta, lo dichiarava aggiudicatario.

Per l'effetto, l'originaria aggiudicataria SIPRO s.r.l. passava al secondo posto, e l'originaria seconda classificata (a.t.i. costituenda rappresentata da Fidelitas s.p.a.) passava al terzo posto.

5.4. A questo punto il costituendo r.t.i. rappresentato da Fidelitas s.p.a. proponeva un secondo ricorso al Tar Lombardia - Bergamo, avente ad oggetto la riammissione in gara e l'aggiudicazione disposte in favore del

costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a. (ricorso al Tar r.g. 435/2011).

Con tale ricorso da un lato si sostiene che la controparte doveva essere esclusa, per le ragioni già indicate nell'originario provvedimento di esclusione, dall'altro lato si lamenta che comunque, riammesso il concorrente in gara, essendo già state aperte e valutate le altre offerte tecniche, non si poteva solo valutare l'offerta del concorrente riammesso, ma occorreva rinnovare tutte le operazioni di gara. Inoltre non sarebbero state adottate adeguate misure a garanzia della segretezza delle operazioni di gara. Sarebbero altresì incongrui i criteri di valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

6. Il Tar adito ha reso due sentenze distinte.

6.1. Con la sentenza 1° agosto 2011, n. 1235, il Tar ha riunito:

- a) il ricorso n. 168/2011 proposto contro l'esclusione del costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a.;
- b) il ricorso n. 435/2011, proposto dal costituendo r.t.i. rappresentato da Fidelitas s.p.a. contro la riammissione in gara e l'aggiudicazione in favore del soggetto sub a).

Con tale sentenza il Tar ha accolto il ricorso n. 168/2011 e respinto il ricorso n. 435/2011, ritenendo che, da un lato, era stata illegittima l'esclusione del costituendo r.t.i. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a. e che, dall'altro lato, era stata legittima la sua riammissione in gara e l'aggiudicazione in suo favore.

6.2. Con la sentenza 1° settembre 2011, n. 1297, il Tar ha dichiarato in parte improcedibile e in parte inammissibile il ricorso n. 166/2011 proposto contro l'aggiudicazione in favore di SIPRO s.r.l., in base al rilievo del difetto di interesse, in capo a Fidelitas s.p.a., a contestare la posizione della seconda classificata, una volta che era stata giudicata legittima l'aggiudicazione in favore della prima classificata.

7. Entrambe le sentenze sono state appellate dal costituendo r.t.i. rappresentato da Fidelitas s.p.a., con separati appelli tempestivamente e ritualmente notificati e depositati.

8. Va anzitutto disposta la riunione dei due appelli, ancorché proposti contro sentenze diverse e di diverso contenuto, attesi gli evidenti profili di connessione, in quanto da un lato i due contenziosi riguardano la medesima gara di appalto, dall'altro lato gli stessi sono tra loro condizionati logicamente.

9. Nell'ordine logico delle questioni va esaminato per primo l'appello n. 9355/2011, rivolto contro la sentenza n. 1235/2011.

10. Con il primo e secondo motivo di gravame (da pag. 34 a pag. 42 dell'atto di appello), si contesta il capo di sentenza che ha ritenuto illegittima l'esclusione del costituendo raggruppamento Itapol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia s.p.a.

10.1. Il Tar ha, in sintesi, osservato che:

- il disciplinare di gara richiedeva, tra i requisiti di partecipazione il possesso dell'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s., rilasciata dalla Prefettura di Bergamo, ovvero una licenza emessa dalla Prefettura della provincia dove ha sede il concorrente, se la stessa è rilasciata per l'esercizio dell'attività in più province inclusa quella di Bergamo;

- tale requisito risulta essere posseduto da entrambe le ricorrenti, le quali hanno esibito licenze rilasciate dalla Prefettura di Milano, ma estese anche alla Provincia di Bergamo;

- in ragione di quanto previsto dal disciplinare di gara, i concorrenti potevano, altresì, laddove non ne fossero già in possesso, obbligarsi "in caso di affidamento del servizio, ad ottenere entro 60 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, la certificazione rilasciata dall'ENAC", relativa al possesso di tutti i requisiti richiesti dal d.m. n. 85/1999 per l'esercizio dell'attività di vigilanza in aeroporto;

- mentre Itapol Vigilanza Milano s.r.l. ha sin da subito dimostrato di possedere già sia la certificazione di idoneità di competenza dell'ENAC, che una licenza prefettizia aggiornata con l'espressa autorizzazione all'esercizio dell'attività di vigilanza anche presso l'aeroporto di Bergamo – Orio al Serio, la Sicuritalia si è avvalsa della facoltà di obbligarsi a presentare il certificato di idoneità entro 60 giorni dall'eventuale aggiudicazione ed, implicitamente, a richiedere anche l'adeguamento della licenza prefettizia sulla scorta dell'attestazione di idoneità dell'ENAC che ne rappresenta il presupposto;
- tale iter procedimentale appare perfettamente conforme alla legge che, nel caso di prestazione di servizi di vigilanza in ambito aeroportuale subordina l'estensione della licenza prefettizia alla previa assunzione della certificazione di idoneità rilasciata dall'ENAC;
- l'estensione della licenza prefettizia non può che essere successiva alla certificazione ENAC e costituirebbe una mera presa d'atto e aggiornamento della licenza;
- conseguentemente, avendo optato per la specifica previsione della possibilità di conseguire l'autorizzazione successivamente all'avvenuta aggiudicazione, la stazione appaltante si è vincolata ad ammettere una tale possibilità, posticipando anche il momento dell'aggiornamento della licenza prefettizia: possibilità che non è esclusa dalla legge.

10.2. Con l'atto di appello si lamenta che la licenza prefettizia ex art. 134 t.u.l.p.s. è requisito di partecipazione che doveva essere posseduto alla data di scadenza del bando e non poteva essere integrato in un momento successivo.

Solo la certificazione ENAC poteva essere conseguita dopo l'aggiudicazione.

Non risponderebbe al vero la tesi del Tar secondo cui la integrazione della licenza prefettizia, dopo il conseguimento della certificazione ENAC,

sarebbe una mera presa d'atto. Dall'art. 257-ter, regolamento t.u.l.p.s., si desumerebbe, al contrario, che per l'estensione della licenza di polizia ad altri servizi di vigilanza occorre fare una notifica al Prefetto competente, notifica corredata di progetto tecnico organizzativo e tecnico operativo.

Pertanto, entro il termine di presentazione dell'offerta, avrebbe dovuto anche essere presentata notifica al Prefetto della richiesta di estensione del servizio di vigilanza.

A sostegno di tale tesi l'appellante invoca la decisione Cons. St., sez. V, 2 marzo 2011, n. 1315, e altresì il d.m. 1 dicembre 2010, n. 269, attuativo dell'art. 257-ter, regolamento t.u.l.p.s., e relativo vademecum operativo.

11. Ritiene la Sezione che la censura è infondata.

11.1. L'art. 134 t.u.l.p.s. (r.d. n. 773/1931) subordina a licenza del Prefetto l'esercizio da parte di privati dell'attività di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e dell'attività di investigazioni o ricerche o di raccolta di informazioni per conto di privati.

11.2. Il regolamento attuativo (r.d. n. 635/1940) disciplina il procedimento di rilascio, statuendo che la domanda di licenza per le attività di vigilanza e per le altre attività di sicurezza per conto dei privati specifica sia l'ambito territoriale che i servizi di vigilanza o investigazione che si intendono esercitare (art. 257, r.d. n. 635/1940).

L'art. 257-ter, commi 4 e 5, r.d. n. 635/1940, disciplina separatamente il procedimento per la variazione dei servizi già autorizzati (comma 4), e per l'estensione della licenza ad altri servizi diversi da quelli già autorizzati (comma 5):

“4. Ogni variazione che riguardi i servizi, i mezzi o le tecnologie di cui all'articolo 257, comma 1, lettera d), è comunicata al prefetto. Al prefetto è altresì comunicata ogni modifica del progetto organizzativo e tecnico-operativo o dell'assetto proprietario dell'istituto ed è esibita, almeno annualmente, attraverso il documento unico di regolarità contributiva, la certificazione attestante l'integrale rispetto, per il personale

dipendente, degli obblighi previdenziali, assistenziali ed assicurativi, nonché la certificazione dell'ente bilaterale nazionale della vigilanza privata concernente l'integrale rispetto degli obblighi della contrattazione nazionale e territoriale nei confronti delle guardie particolari giurate, e, qualora prevista dalla contrattazione collettiva di categoria, analoga certificazione per il personale comunque dipendente.

5. Ai fini dell'estensione della licenza ad altri servizi o ad altre province, il titolare della stessa notifica al prefetto che ha rilasciato la licenza i mezzi, le tecnologie e le altre risorse che intende impiegare, nonché la nuova o le nuove sedi operative se previste ed ogni altra eventuale integrazione agli atti e documenti di cui all'articolo 257, commi 2 e 3. I relativi servizi hanno inizio trascorsi novanta giorni dalla notifica, termine entro il quale il prefetto può chiedere chiarimenti ed integrazioni al progetto tecnico-organizzativo e disporre il divieto dell'attività qualora la stessa non possa essere assentita, ovvero ricorrano i presupposti per la sospensione o la revoca della licenza, di cui all'articolo 257-quater”.

Il co. 4 si riferisce alle variazioni dei servizi già svolti, subordinata a mera comunicazione; il co. 5 si riferisce alla estensione ad altri servizi, subordinata a una denuncia di inizio attività, su cui il Prefetto può esercitare un potere istruttorio e/o inibitorio.

11.3. Per quanto poi riguarda, in particolare, il servizio di vigilanza in ambito aeroportuale, oltre alla licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. occorre una specifica abilitazione rilasciata dall'ENAC, e disciplinata dai d.m. 29 gennaio 1999 n. 85 e 23 febbraio 2000.

Tale abilitazione è specifica per l'esercizio della vigilanza in ambito aeroportuale ed è aggiuntiva rispetto alla licenza ex art. 134 t.u.l.p.s., che deve essere già posseduta, per ottenere la specifica abilitazione.

11.4. Il quadro normativo va interpretato come segue:

- l'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s. ha carattere generale, si riferisce ad una o più province, ed è il presupposto per conseguire l'abilitazione ENAC per la vigilanza in ambito aeroportuale;

- l'abilitazione ENAC è specifica per singoli aeroporti;
- l'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s. a sua volta non può avere ad oggetto servizi di vigilanza aeroportuale se l'operatore non è in possesso della specifica abilitazione ENAC;
- pertanto, l'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s., nella parte in cui si riferisce ai servizi aeroportuali, indica anche lo specifico aeroporto (per il quale si è in possesso di abilitazione ENAC).

In sintesi:

- l'abilitazione ENAC è una abilitazione ulteriore rispetto alla licenza ex art. 134 t.u.l.p.s.;
- l'autorizzazione ex art. 134 t.u.l.p.s. che si riferisce ai servizi di vigilanza in ambito aeroportuale non deve necessariamente menzionare in modo espresso l'abilitazione ENAC;
- tuttavia, una volta conseguita l'abilitazione ENAC, la stessa va comunicata al Prefetto per la variazione della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s.

11.5. Ove una impresa abbia già la licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. estesa ai servizi di vigilanza aeroportuale in alcuni aeroporti, si pone la questione se la estensione della vigilanza ad ulteriori aeroporti necessiti di una "variazione" o di una "estensione" della licenza, il che rileva al fine della scelta del procedimento, diverso, come visto, nell'uno e nell'altro caso (art. 257-ter, commi 4 e 5, r.d. n. 635/1940).

Considerato che l'abilitazione ENAC si riferisce a singoli aeroporti, è preferibile ritenere che l'ottenimento di abilitazione per un ulteriore aeroporto comporti la necessità di una estensione della licenza di cui all'art. 134 t.u.l.p.s., con conseguente applicazione del procedimento di cui all'art. 257-ter, comma 5, r.d. n. 635/1940.

Tale procedimento implica una notifica documentata da parte dell'impresa al Prefetto.

Tale notifica va qualificata come denuncia di inizio attività, su cui il

Prefetto ha un potere di istruttoria o di inibizione.

Dato il meccanismo di d.i.a., occorre che la notificazione di estensione sia corredata di tutta la documentazione necessaria, ivi compresa la prescritta abilitazione ENAC.

Ne consegue che la notificazione *ex art. 257-ter*, comma 5, r.d. n. 635/1940 è un *posterius*, e non un *prius*, rispetto alla richiesta e ottenimento dell'abilitazione ENAC.

Tale soluzione ha un duplice fondamento logico ove si consideri che:

- a) nel meccanismo della denuncia di inizio attività, il denunciante deve depositare tutti i documenti necessari per iniziare l'attività; sicché, in sede di notifica dell'estensione dei servizi di vigilanza, il denunciante deve già produrre le abilitazioni necessarie per l'esercizio di detti servizi; sarebbe in contrasto con la ratio e il meccanismo della d.i.a. che chi intende estendere la vigilanza ad aeroporti, presentasse al Prefetto una notifica di estensione non corredata dell'abilitazione che occorre per iniziare l'attività;
- b) sul piano pratico e dell'economia dei mezzi giuridici, sarebbe irrazionale e sproporzionato esigere dall'operatore economico l'onere di presentare al Prefetto una richiesta di estensione della vigilanza ai servizi aeroportuali in uno specifico aeroporto se l'operatore non ha già ottenuto l'abilitazione ENAC; infatti se l'operatore agisse in tal modo, la sua d.i.a. (notifica) andrebbe incontro a sicura inibitoria per difetto dei requisiti necessari.

11.6. Così ricostruito il quadro normativo e la sua esegesi, va osservato che nel caso specifico la 'legge di gara' può essere interpretata in perfetta coerenza con lo stesso.

Infatti la *lex specialis* di gara richiede:

- a) come condizione di partecipazione, il possesso della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. con estensione alla provincia di Bergamo;
- b) come condizione di stipulazione del contratto, dopo l'aggiudicazione, il conseguimento dell'abilitazione ENAC.

Il requisito di partecipazione non può che essere riferito al possesso della licenza di p.s. anche senza lo specifico oggetto dei servizi aeroportuali, atteso che, da un lato, per i servizi aeroportuali la legge di gara consente che l'abilitazione ENAC sia conseguita dopo l'aggiudicazione e che, dall'altro lato, in base al quadro normativo, l'estensione della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. ai servizi aeroportuali postula il già avvenuto ottenimento dell'abilitazione ENAC.

E, invero, sul piano letterale, la *lex specialis*, come già evidenziato dal Tar, si limita a chiedere il possesso della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s., senza specificare che tale licenza deve comprendere "già" i servizi di vigilanza in ambito aeroportuale.

E deve farsi applicazione da un lato del principio "*in claris non fit interpretatio*" e dall'altro lato del principio che le clausole del bando si interpretano nel senso di consentire la massima partecipazione alla gara.

Sicché, sotto tale profilo, si profila illegittimo il provvedimento di esclusione, nella parte in cui imputa a Sicuritalia s.p.a. di non essere autorizzata per il servizio di vigilanza in ambito aeroportuale.

11.7. Ove, anche, in via di mera ipotesi, si volesse sostenere che la *lex* di gara implicitamente intendeva esigere la licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. come estesa già ai servizi di vigilanza in ambito aeroportuale, comunque la 'legge di gara' non poteva esigere che la licenza fosse già riferita anche al servizio di vigilanza nell'aeroporto di Bergamo, perché se così fosse la clausola di gara sarebbe risultata manifestamente discriminatoria, favorendo chi ha già esercitato il servizio di vigilanza in tale aeroporto rispetto agli altri concorrenti.

Se anche si interpretasse la clausola del bando nel senso che la licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. doveva già riferirsi ai servizi di vigilanza in ambito aeroportuale, ma non anche alla vigilanza nell'aeroporto di Bergamo, ciò nondimeno il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo sotto altro

profilo, perché la licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. rilasciata a Sicuritalia s.p.a. già comprendeva il servizio di vigilanza aeroportuale, ancorché in aeroporti diversi da quello di Bergamo.

11.8. Il provvedimento di esclusione è altresì illegittimo nella parte in cui imputa a Sicuritalia s.p.a. di non aver chiesto al Prefetto l'estensione della licenza ai sensi dell'art. 257-ter, regolamento t.u.l.p.s.

Infatti, come sopra esposto, la richiesta di estensione ex art. 257-ter, comma 5, regolamento t.u.l.p.s. è un *posterius* e non un *prius* rispetto al conseguimento della licenza ENAC.

E se, pertanto, la 'legge di gara' consente di chiedere e conseguire la licenza ENAC dopo l'aggiudicazione, deve necessariamente e logicamente anche consentire di chiedere l'estensione della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. dopo l'aggiudicazione.

11.9. Non rileva, in contrario, il precedente invocato da parte appellante, e segnatamente la decisione Cons. St., sez. V, 2 marzo 2011, n. 1315, che si riferisce ad una fattispecie concreta diversa.

Il caso era infatti quello di un servizio di vigilanza di uffici giudiziari (dunque non la vigilanza in ambito aeroportuale), in cui il bando richiedeva il possesso della licenza ex art. 134 t.u.l.p.s. per una determinata provincia, e il concorrente era in possesso di tale licenza per altra provincia.

In un'ottica di massima partecipazione alle gare e semplificazione procedimentale, il precedente n. 1315/2011 ha in questo caso statuito che il concorrente, anziché dimostrare il possesso della licenza per la provincia richiesta dal bando, poteva limitarsi a dichiarare di aver presentato la notifica di estensione della licenza ai sensi dell'art. 257-ter, regolamento t.u.l.p.s.

Dunque, dal citato precedente si desume solo il principio che il concorrente, che non ha la licenza di p.s. per una determinata provincia, può ugualmente concorrere se dimostra che ha chiesto l'estensione della

licenza, ma non si desume il principio, invocato dall'appellante, della necessità di dimostrare in gara l'avvenuta notificazione della richiesta di variazione della licenza di p.s. nel diverso caso in cui tale notifica postula il previo ottenimento della abilitazione ENAC, che a sua volta in base alla legge di gara, non è requisito di partecipazione, potendo essere chiesta dopo l'aggiudicazione.

11.10. Neppure il Collegio desume argomenti a sostegno della tesi di parte appellante dall'invocato d.m. 1 dicembre 2010 n. 269 attuativo dell'art. 257-ter, regolamento t.u.l.p.s., e relativo vademecum operativo.

Viene in particolare invocato dall'appellante il punto 2.8 di pag. 18 del vademecum, relativo all'art. 8 d.m. n. 269/2010, nella parte in cui si afferma che in caso di richieste di estensione per licenze già assentite, le disposizioni del decreto sono immediatamente esecutive: “la previsione appare coerente con un *principio già fissato dal d.P.R. 153/2008* che – non contemplando in caso di estensione un periodo transitorio per l'attuazione del progetto, come previsto nel primo rilascio di licenza, presuppone che l'interessato sia già in possesso dei mezzi necessari allo scopo”.

Il Collegio legge tale previsione in senso diverso rispetto all'appellante, come implicita conferma della tesi sin qui esposta, della necessità di essere già in possesso di abilitazione ENAC al momento della richiesta di estensione della licenza di p.s.: proprio perché non c'è un periodo transitorio per attuare il progetto e perché al momento della richiesta di estensione occorre già essere in possesso dei mezzi necessari ad esercitare il nuovo servizio.

11.11. Infine, deve ribadirsi, come già affermato dal Tar, e come sembra affermarsi anche nello stesso provvedimento di esclusione, che non poteva costituire causa di esclusione la circostanza che Italpol e Securitaria avevano dichiarato di essere in possesso di licenza di p.s. rilasciata dal Prefetto di Bergamo, laddove invece erano in possesso di licenza di p.s. rilasciata dal

Prefetto di Milano; infatti, è pacifico che la loro licenza era estesa alla provincia di Bergamo. Sicché, nella specie vi è solo stata una imprecisione linguistica, o, tutt'al più, un falso innocuo che non inficia il possesso del requisito di partecipazione.

11.12. In conclusione, va respinto il primo motivo di appello.

12. Con il terzo motivo di gravame (da pag. 42 a pag. 45 dell'atto di appello), si contesta il secondo capo della sentenza del Tar, relativo alle modalità di riedizione del potere da parte della stazione appaltante.

12.1. In primo grado si era lamentato che la riammissione in gara della concorrente esclusa e la valutazione della sua offerta era avvenuta dopo che erano state già conosciute e valutate le altre offerte, sia tecniche che economiche. La conservazione degli atti di gara potrebbe avvenire solo quando il criterio di aggiudicazione è oggettivo e vincolato, non anche nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con valutazioni discrezionali. Si sosteneva che pertanto si poteva far salva solo la fase di qualificazione, mentre la procedura andava rinnovata a partire dalla presentazione delle offerte tecniche ed economiche.

12.2. Il Tar ha disatteso tale mezzo osservando che esiste una oscillazione della giurisprudenza.

E' vero, assume il Tar, che secondo una tesi, in caso di annullamento di aggiudicazione o esclusione dopo che sono state conosciute le offerte, il rinnovo delle operazioni di gara deve avvenire dalla fase di presentazione delle offerte se il criterio di aggiudicazione è discrezionale, mentre può avvenire da un momento successivo se il criterio di aggiudicazione è vincolato e oggettivo (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892; Id., 21 gennaio 2002, n. 340).

Tuttavia, in altri casi la giurisprudenza avrebbe consentito il rinnovo parziale delle operazioni di gara a buste aperte, atteso che il principio di segretezza andrebbe conciliato con quello di conservazione degli atti di gara

(Tar Campania – Napoli, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 462; Cons. St., 2005, n. 683; 2004, n. 6457; 2004, n. 4834).

Nel caso specifico, il Tar considera che il punteggio per la qualità era esiguo (30 punti su 100) e che il metodo del confronto a coppie avrebbe ridotto la discrezionalità. Inoltre il Tar considera che il ricorso non avrebbe dimostrato un vizio di valutazione dell'offerta tecnica della concorrente riammessa in gara, che aveva vinto essenzialmente grazie alla offerta economica.

Inoltre, ad avviso del Tar, tale soluzione avrebbe fondamento anche nell'art. 84, co. 12, codice appalti, a tenore del quale - in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti - è riconvocata la medesima commissione.

Pertanto il Tar ha ritenuto corretto l'operato della stazione appaltante.

12.3. Parte appellante lamenta che il Tar, nel dare prevalenza al principio di conservazione degli atti di gara, ha sacrificato principi prioritari quali quelli di trasparenza, imparzialità e par condicio.

Non rileverebbe né che il punteggio per l'offerta economica fosse solo di 30/100, né che il metodo di valutazione fosse quello del confronto a coppie, né che non sia stata fornita la prova di resistenza.

La prova di resistenza non potrebbe infatti essere fornita in caso di procedure discrezionali. Inoltre era stato dedotto che era incomprensibile l'attribuzione di 15 punti per proposte migliorative a fronte di un progetto tecnico che aveva conseguito meno di 4 punti.

Erano già noti tutti i punteggi delle altre offerte, sicché era possibile predeterminare e influenzare l'esito finale della gara.

L'art. 84, co. 12, codice appalti, dovrebbe trovare applicazione solo in caso di procedure automatiche.

13. Rileva il Collegio che la giurisprudenza non è univoca sulla questione

del rinnovo delle operazioni di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente, in ordine alla individuazione del segmento procedimentale a partire dal quale deve avvenire il rinnovo.

13.1. In linea di principio, infatti, la giurisprudenza afferma che nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedimentali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come ad esempio le esclusioni, nel caso delle procedure di affidamento di appalti pubblici), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal *dictum* di illegittimità, fatto, comunque, salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura, e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria (Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 692).

13.2. Tuttavia occorre tener conto dell'esigenza di segretezza degli autori delle offerte fino a che queste non sono state valutate, onde stabilire se sia possibile rinnovare la sola valutazione delle offerte medesime, dopo che esse sono state conosciute dalla commissione, nel corso del procedimento poi annullato in sede giurisdizionale.

13.3. In giurisprudenza è stato specificamente affrontato il caso, come quello di specie, di annullamento della gara per illegittima esclusione di un concorrente.

La soluzione dipende dal criterio di aggiudicazione.

Nel caso di criterio del prezzo più basso, dovendo la commissione di gara svolgere solo valutazioni di ordine aritmetico, la avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedirebbe, in sede di rinnovo della procedura di gara, di partire dall'ultimo atto annullato, anziché rinnovare l'intero procedimento; pertanto sarebbe possibile mantenere ferma la fase di presentazione delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo

delle offerte (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843; Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5372).

Invece, nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove la commissione deve compiere valutazioni discrezionali, una volta annullata l'aggiudicazione, posto che gli autori delle offerte sono già conosciuti, e ciò potrebbe influire sulle valutazioni della commissione, occorrerebbe rinnovare l'intera procedura a partire dalla fase di presentazione delle offerte medesime (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2006 n. 2612).

In sintesi, in caso di annullamento parziale delle operazioni di gara e di riammissione in gara di imprese originariamente escluse, l'esigenza di tutela della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti (che si raggiunge assicurando la necessaria contestualità del giudizio comparativo tra le varie offerte e l'altrettanto imprescindibile antecedenza di tale giudizio rispetto al momento della conoscenza delle offerte economiche, a fugare ogni possibile dubbio che le nuove determinazioni rispetto alle offerte dei partecipanti neo-ammessi possano essere strumentalmente orientate dalla già acquisita conoscenza delle offerte degli altri concorrenti) impone il rinnovamento dell'intero procedimento, allorquando la commissione giudicatrice, nell'esercizio del potere di discrezionalità tecnica, abbia già visionato e valutato altre offerte ed abbia inoltre già proceduto alla apertura delle buste contenenti le relative offerte economiche.

Si è infatti affermato che «in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'esclusione di un concorrente da una gara per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operare congiunto del principio di segretezza delle offerte nei procedimenti di aggiudicazione e del principio di conservazione dell'atto amministrativo fa sì che la rinnovazione della gara conseguente alla riammissione del concorrente illegittimamente escluso debba retroagire in modo diverso a seconda del criterio previsto per l'aggiudicazione; infatti,

nel caso in cui l'aggiudicazione sia effettuata in base a criteri oggettivi e vincolati, è sufficiente rinnovare la fase di valutazione delle offerte; nel caso, invece, di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali, ad esempio con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è necessario rinnovare l'intero procedimento di gara, a partire dalla stessa fase della presentazione delle offerte>> (Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3617; in termini Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892).

Si è anche precisato che la garanzia della contestualità del giudizio sulle offerte mira a salvaguardare un'esigenza essenzialmente strumentale all'obiettivo e trasparente operato dell'amministrazione: pertanto, il mancato rispetto della regola rende in ogni caso illegittimo l'operato dell'amministrazione, anche se, in concreto, non emergano elementi univoci circa i possibili condizionamenti della commissione e pure se la valutazione tardiva dell'offerta originariamente non ammessa risulti intrinsecamente logica ed adeguatamente motivata>> (Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340).

Più di recente sono state ulteriormente precisate le ragioni a fondamento di tale orientamento, osservandosi che l'annullamento del provvedimento di esclusione di un concorrente intervenuto dopo la fase integrale presa di cognizione e valutazione delle offerte tecniche ed economiche degli altri offerenti implica la necessità di una rinnovazione della gara sin dalla fase della presentazione delle offerte, a tutela della par condicio dei concorrenti e dell'imparzialità ed obbiettività del giudizio della commissione, potendo invero la conoscenza del prezzo influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi, improntati a discrezionalità, sulla qualità delle offerte tecniche, nonché a garanzia dell'esigenza di contestualità del giudizio comparativo, attesa la possibilità - pure astratta - che la ditta riammessa abbia a modificare la propria offerta una volta presa cognizione di quelle avversarie (Cons. St., sez. V, 25 ottobre

2010, n. 8230).

13.4. Con riguardo al diverso caso in cui la gara sia annullata per eccesso di potere e violazione del principio di collegialità a causa delle lacune nella motivazione e nella verbalizzazione dei giudizi sulle offerte, e non già per illegittima esclusione di un concorrente, premesso che non sarebbe possibile solo procedere ad una motivazione postuma del giudizio della commissione, ma occorre rinnovare la valutazione delle offerte, tuttavia non violerebbe la *par condicio* il rinnovo parziale della gara a buste aperte ed un nuovo apprezzamento da parte della commissione delle offerte (peraltro ormai cristallizzate), atteso che il principio di segretezza delle offerte non sarebbe inderogabile in senso assoluto, dovendo essere coordinato con altri principi, quali l'effettività della tutela giurisdizionale e l'eseguibilità dei giudicati. Il pericolo di condizionamenti del giudizio della commissione sarebbe evitabile mediante l'analiticità della motivazione e la completezza della verbalizzazione, nonché mediante l'utilizzo dei criteri di massima predeterminati e non travolti dal giudicato (Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2004, n. 6457; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4834; Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 683).

Tale orientamento è stato fatto proprio dalla sentenza appellata (che cita proprio i sopra indicati precedenti), ma viene tuttavia esteso dal Tar al caso di annullamento dell'esclusione di un concorrente, che non era il caso contemplato dai citati precedenti.

13.5. Con riguardo, poi, al caso, ulteriormente diverso, in cui viene annullata la valutazione delle offerte da parte della commissione di gara, perché questa ha fissato i criteri di valutazione dopo aver conosciuto le offerte, si delineano due tesi diverse:

- per una tesi possono essere fatte salve le fasi anteriori del bando e della presentazione delle offerte, dovendosi tuttavia rimettere la loro valutazione ad altra commissione (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136);

- per un'altra tesi in tale ipotesi l'amministrazione deve rinnovare la gara, mediante invito ai soggetti che hanno preso parte all'iniziale procedura di presentare nuove offerte, e non può solo limitarsi a rinnovare la fase procedimentale della valutazione delle offerte raccolte (Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796).

13.6. Vi è infine il caso, ancora diverso, in cui oggetto di censura e di annullamento è stato il modo in cui la commissione di gara ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche; si è ritenuta necessaria l'indizione di una nuova gara, atteso che il riesame del merito tecnico delle offerte non può svolgersi quando siano già note le offerte economiche per l'imprescindibile principio di segretezza, che deve garantire l'imparzialità del giudizio qualitativo (Cons. St., sez. V 9 marzo 2009, n. 1368).

13.6. Connessa con la problematica del rinnovo delle operazioni di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente. quello della possibilità di ricostituzione della precedente commissione, ovvero di nomina di una nuova commissione.

La questione è stata espressamente affrontata dal codice appalti.

Il co. 12 dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006, nel recepire un suggerimento espresso dal parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice appalti, dà soluzione alla questione della ricostituzione della commissione di gara quando occorre rinnovare il giudizio a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti.

Si stabilisce che - in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti - è riconvocata la medesima commissione.

Il codice recepisce pertanto la soluzione di riconvocare la medesima commissione, anziché procedere a nomina di nuova commissione.

In tal senso sembrava la giurisprudenza anteriore al codice appalti, anche se in modo non esplicito (Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2004, n. 6457; Cons.

St., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340).

Non sembra tuttavia che l'art. 84, co. 12, codice appalti, imponga un obbligo assoluto di riconvocazione dell'originaria commissione, ma solo un criterio di massima.

Se infatti in concreto vi sono ragioni che rendono inopportuna la riconvocazione della medesima commissione (per esigenze di segretezza delle offerte), si deve ritenere possibile sia la nomina di una diversa commissione, sia la sostituzione di uno o più componenti.

13.7. Il presente Collegio ritiene che non si dovrebbe consentire che, in caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad offerte già valutate e conosciute, si proceda solo alla valutazione dell'offerta originariamente esclusa, mettendola a confronto con offerte già note.

E, tanto indipendentemente dal minore o maggior peso dell'offerta tecnica rispetto a quella economica, e dal metodo di valutazione dell'offerta tecnica (che è sempre un metodo discrezionale), e dalla sussistenza o meno in concreto di vizi della nuova valutazione. In siffatta evenienza, infatti, i principi di trasparenza, imparzialità, *par condicio*, sembrerebbero minati in radice e per presunzione assoluta, se la stessa commissione che ha già valutato e conosciuto alcune offerte, debba valutare quella esclusa confrontandola, sulla base di criteri discrezionali, con le offerte già note.

Pertanto il Collegio in linea di principio ritiene preferibile la tesi esposta nel par. 13.3. con riguardo al caso di rinnovo delle operazioni di gara dopo l'annullamento di un provvedimento di esclusione, mentre essa non risulta del tutto appagante laddove impone il rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla presentazione delle offerte.

Si tratta di una soluzione che allunga a dismisura i tempi dell'azione amministrativa e che non garantisce *par condicio* e trasparenza, perché i concorrenti riammessi a ripresentare l'offerta, lo fanno dopo aver conosciuto le offerte altrui (è l'obiezione che pone Tar Campania – Napoli,

26 gennaio 2011 n. 462).

Nel tentativo di una ragionevole mediazione tra i principi di conservazione, segretezza, trasparenza e imparzialità, si potrebbe anche prospettare una soluzione unica a prescindere dal tipo di atto annullato (aggiudicazione, esclusione) e che consenta, anche quando le offerte sono state già valutate e conosciute, e anche quando il criterio di valutazione è discrezionale, di non ripetere la procedura dalla fase di presentazione delle offerte, ma dalla fase di loro valutazione, e sempre che il vizio non riguardi il bando di gara o i criteri di valutazione delle offerte predeterminati.

Si potrebbe infatti ipotizzare che, anche nel caso di criteri di aggiudicazione non automatici, si possa rinnovare la sola fase di valutazione delle offerte, ma previa richiusura delle buste contenenti le offerte, e con una commissione di gara in diversa composizione.

In tal modo si garantirebbe meglio l'effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe frustrata se il ricorrente vittorioso dovesse presentare una nuova offerta, anziché ottenere la rivalutazione di quella già presentata, nonché la stessa *par condicio* dei concorrenti.

13.8. Trattandosi di questioni su cui la giurisprudenza non ha sinora espresso un orientamento univoco e su cui il Collegio non aderisce in pieno alla giurisprudenza sinora formatasi, si ritiene di rimetterne la soluzione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

14. L'esame di ogni altra questione posta dall'appello n. 9355/2011, nonché l'esame dell'appello n. 9356/2011, restano subordinati all'esito della questione rimessa alla plenaria, che valuterà se definire la sola questione di principio sollevata o tutte le residue questioni controverse tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI) parzialmente e non definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

a) riunisce i due appelli;

- b) respinge il primo e il secondo motivo dell'appello n. 9355/2011;
- c) rimette il terzo motivo dell'appello n. 9355/2011 all'esame dell'adunanza plenaria, la quale valuterà se decidere anche le altre questioni o restituire l'affare alla Sezione.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2012

IL SEGRETARIO

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