

N. 06026/2012REG.PROV.COLL.
N. 04599/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 4599 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da FIDELITAS S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Principessa Clotilde, 2,

contro

SOGIN S.p.a. - SOCIETÀ GESTIONE IMPIANTI NUCLEARI PER AZIONI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elvezio Santarelli e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza Navona, 49,

nei confronti di

SICURITALIA S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via del Mascherino, 72,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Piemonte, Sezione Prima, nr. 779 del 29 giugno 2012, e, quindi, per l'annullamento di tutti i verbali di gara della

Commissione giudicatrice, sino alla fase di aggiudicazione, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara ed hanno valutato l'offerta tecnica ed economica di Sicuritalia S.p.a.; di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi e comunque consequenziali riguardanti l'ammissione e la valutazione dell'offerta di Sicuritalia S.p.a. e, segnatamente, dei verbali del 6 e del 30 settembre 2011; della nota prot. nr. 0044493 del 15 dicembre 2011 di comunicazione dell'aggiudicazione a Sicuritalia S.p.a. dell'appalto in questione; del verbale del 15 dicembre 2011 di aggiudicazione definitiva a Sicuritalia S.p.a. dell'appalto in questione; del silenzio eventualmente formato ai sensi dell'art. 243-*bis* del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, sull'istanza presentata da Fidelitas S.p.a.; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché di data, numero e contenuto sconosciuto, nel punto in cui lede gli interessi e i diritti della ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sogin S.p.a. e di Sicuritalia S.p.a., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 28 settembre e 5 ottobre 2012), da Sogin S.p.a. (in data 27 settembre 2012) e da Sicuritalia S.p.a. (in date 6 luglio, 28 settembre e 6 ottobre 2012) a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2012, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Clarizia per la appellante, l'avv. Sandulli per Sogin S.p.a. e l'avv. Enzo Robaldo, su delega dell'avv. Zoppolato, per Sicuritalia S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Fidelitas S.p.a., dopo aver partecipato alla procedura ristretta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata ispettiva presso vari siti della Sogin S.p.a. (Società Gestione Impianti Nucleari), classificandosi al secondo posto in relazione al lotto nr. 3, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di Sicuritalia S.p.a., deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara di quest'ultima per una serie di ragioni.

Il T.A.R. del Piemonte ha respinto il ricorso col dispositivo di sentenza nr. 710 del 15 giugno 2012, avverso il quale l'originaria ricorrente ha proposto appello ai sensi dell'art. 119, comma 6, cod. proc. amm. sulla scorta dei seguenti motivi:

- 1) erroneità della decisione laddove ha respinto la doglianza relativa alla mancata esclusione di Sicuritalia S.p.a. per aver disatteso la prescrizione di gara che obbligava i concorrenti a impegnarsi ad avere "*la Centrale Operativa*" in Provincia di Vercelli;
- 2) erroneità della decisione laddove ha respinto la doglianza relativa alla mancata esclusione di Sicuritalia S.p.a. per omessa dimostrazione del requisito richiesto dal bando dell'aver svolto almeno un servizio analogo a quello oggetto della gara presso un unico sito con continuità operativa;
- 3) erroneità della decisione laddove ha respinto la doglianza relativa alla mancata esclusione di Sicuritalia S.p.a. per non aver prodotto, come richiesto dal bando, una licenza prefettizia per lo svolgimento di attività di vigilanza, ispettiva e fissa, nell'ambito territoriale del lotto di riferimento dell'offerta.

Conseguentemente, la appellante ha reiterato la connessa domanda di risarcimento danni articolata in primo grado.

Si sono costituite Sogin S.p.a. e Sicuritalia S.p.a., entrambe opponendosi con diffuse argomentazioni all'accoglimento del gravame.

La seconda, inoltre, ha proposto appello incidentale avverso la medesima

sentenza censurata in via principale, riproponendo la seguente doglianza già formulata in via incidentale in prime cure: violazione dell'art. III.2.3, punto 5, del bando di gara; violazione dei principi di imparzialità, efficienza e buona amministrazione, violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; violazione dei principi di libertà di stabilimento e iniziativa economica, violazione del principio di massima partecipazione alla gara, di *par condicio* dei concorrenti e di libera circolazione dei servizi (per l'ipotesi in cui l'indicata prescrizione della *lex specialis* dovesse interpretarsi nel senso di richiedere obbligatoriamente, a pena di esclusione, il possesso di una licenza prefettizia in corso di validità riferita all'ambito territoriale in cui verrà svolto il servizio oggetto dell'affidamento).

Alla camera di consiglio del 10 luglio 2012, fissata per l'esame della domanda incidentale di sospensiva, questo è stato differito sull'accordo delle parti, per essere abbinato alla trattazione del merito, tenuto conto anche del sopravvenire *medio tempore* della sentenza completa di motivazione e della conseguente necessità per l'appellante di proporre motivi aggiunti.

Con questi ultimi, ritualmente notificati e depositati, parte appellante ha sostanzialmente riproposto i motivi di appello, sviluppando ulteriormente le proprie critiche agli opposti argomenti contenuti in sentenza.

Le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

All'udienza del 16 ottobre 2012, la causa è stata introitata in decisione.

DIRITTO

1. È controversa l'aggiudicazione, disposta in favore di Sicuritalia S.p.a., della procedura ristretta indetta da Sogin – Società Gestione Impianti Nucleari S.p.a. per l'affidamento del servizio di vigilanza armata ispettiva presso vari siti dell'Ente.

L'odierna appellante, Fidelitas S.p.a., classificatasi seconda in graduatoria, reitera nel proprio gravame i tre ordini di doglianze con i quali in primo

grado ha sostenuto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per diverse ragioni, censurando puntualmente le argomentazioni sulla base delle quali il T.A.R. del Piemonte le ha disattese.

2. Ciò premesso, l'appello è infondato e va conseguentemente respinto.

3. Col primo mezzo, parte appellante torna a lamentare la violazione della prescrizione di gara che avrebbe imposto ai concorrenti di dotarsi di una *“centrale operativa”* sita in Provincia di Vercelli.

Si tratta dell'art. 9 del documento denominato *“ST – Specifiche Tecniche”*, laddove è previsto fra l'altro che *“...l'Appaltatore si obbliga (...) ad avere la Centrale Operativa in provincia di VC e a dotare il personale addetto al servizio di vigilanza di radio veicolari collegate alla Centrale operativa provinciale di VC”*.

3.1. In effetti, risulta incontestato che Sicuritalia S.p.a. in sede di offerta ha presentato dichiarazioni con le quali ha contestato la legittimità della ridetta prescrizione, ritenendola contrastante con pregresse decisioni della Corte di giustizia UE nelle quali è stata affermata la contrarietà ai principi della libera concorrenza dell'imposizione di un obbligo di tal fatta, così concludendo: *“...Il requisito tecnico che potrebbe rilevare è forse la presenza di una sede operativa da cui partono i mezzi e le guardie ma è cosa diversa dalla Centrale operativa richiesta invece dai documenti di gara.*

Ciò premesso in caso di aggiudicazione utilizzeremo la centrale operativa di Torino non prevedendo l'installazione di alcuna centrale operativa a Vercelli?”.

Secondo la appellante, in tal modo l'aggiudicataria avrebbe chiesto – e ottenuto – una vera e propria disapplicazione di una prescrizione vincolante, con grave violazione della *par condicio* rispetto alle altre imprese concorrenti, le quali invece avevano procurato di munirsi della richiesta centrale operativa nel territorio della Provincia di Vercelli.

3.2. La Sezione non condivide tale impostazione, essendo evidente che la prescrizione innanzi riportata – come concordemente dedotto in giudizio dall'aggiudicataria e dalla stazione appaltante – non configura una clausola

posta a pena di esclusione per l'ammissione alla gara, bensì una delle condizioni contrattuali che l'appaltatore sarebbe stato tenuto a rispettare nella fase dell'esecuzione del contratto.

In altri termini, l'obbligo di dotarsi della ridetta "*centrale operativa*" non costituiva un elemento dell'offerta tecnica previsto dalla *lex specialis* sotto comminatoria di esclusione (trattandosi oltre tutto, nella specie, di gara da aggiudicare col criterio del massimo ribasso, nella quale dunque non vi era un'offerta tecnica concettualmente valutabile in modo autonomo rispetto a quella economica), rientrando in quella parte della documentazione di gara che prefigurava i contenuti della prestazione oggetto di affidamento.

Ne consegue non solo che la questione del rispetto dell'impegno previsto dal citato art. 9 è riservata al rapporto "interno" fra committente e aggiudicatario nella fase di esecuzione contrattuale, restando escluso ogni interesse degli altri concorrenti a sindacare le relative scelte, ma che risulta ridimensionata anche la portata della dichiarazione di Sicuritalia S.p.a. innanzi riportata; con essa, lungi dall'opporre un parziale rifiuto di accettare le condizioni del bando di gara (ovvero dall'apporre una non consentita condizione all'offerta, come pure prospettato dalla appellante), Sicuritalia S.p.a. si è limitata a preannunciare alla stazione appaltante, evidentemente per ragioni di lealtà e correttezza precontrattuale, in che modo a suo avviso andava inteso l'obbligo posto dalla prescrizione *de qua* e come avrebbe ritenuto di soddisfarlo, in considerazione di prevalente normativa comunitaria che diversamente avrebbe resa illegittima la prescrizione *in parte qua*.

Il fatto che i rilievi formulati dalla aggiudicataria siano stati poi condivisi dalla stazione appaltante, per le ragioni anzi dette, non ha integrato un'arbitraria disapplicazione della *lex specialis* ma unicamente il *consensus* su una lettura della disciplina contrattuale maggiormente conforme alla normativa europea.

4. Col secondo mezzo, parte appellante reitera la censura di violazione del punto III.2.3 del bando, laddove fra i requisiti da documentare con dichiarazione autocertificativa era indicato “...*l'elenco dei principali servizi di vigilanza armata, regolarmente svolti (fatturati e quietanzati) nel triennio 2008-2010, con indicazione del committente, dell'oggetto e del luogo di svolgimento e dell'importo contrattuale*”, precisandosi altresì: “...*Da tale elenco deve risultare almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara (c.d. 'contratto di punta'), svolto in un unico sito con continuità operativa*”.

4.1. Secondo la appellante, proprio con riguardo a tale ultima prescrizione la documentazione prodotta da Sicuritalia S.p.a. doveva essere considerata inidonea e insufficiente, con la conseguente esclusione del concorrente dalla procedura selettiva.

Infatti, il “contratto di punta” richiamato dall'aggiudicataria era relativo a servizi prestati per il Comune di Milano così qualificati: “*sorveglianza armata di varia tipologia – accoglienza/reception diurna – manutenzione di impianti di segnalazione incendio, sicurezza furto e TVCC – fornitura e posa in opera di tornelli presso gli edifici comunali*”; si trattava insomma di servizi “misti” non in grado di soddisfare la cogente prescrizione suindicata.

In secondo luogo, dall'attestazione del Comune di Milano emergeva che il servizio era stato svolto “*presso sedi varie*” di detto Comune, di modo che non risultava soddisfatta neanche la condizione per cui si sarebbe dovuto trattare di servizio “*svolto in un unico sito con continuità operativa*”.

4.2. Anche tali deduzioni paiono al Collegio prive di fondatezza.

Innanzitutto, in nessuna parte della *lex specialis* era previsto – tanto meno a pena di esclusione – che il c.d. “contratto di punta” dovesse riferirsi esclusivamente a servizi di vigilanza, e che non fosse invece consentito attestare lo svolgimento di tale servizio nell'ambito di una prestazione contrattuale più articolata e complessa, comprendente anche servizi di natura diversa.

Inoltre, dalla certificazione del Comune di Milano prodotta in sede di gara era dato evincere non solo il fatturato complessivo del contratto, ma anche gli importi disaggregati dei singoli servizi svolti, ivi compreso quello di vigilanza (cfr. documento nr. 8 delle produzioni di primo grado di Sicuritalia S.p.a.); in ogni caso, quand'anche così non fosse stato, ciò avrebbe certamente legittimato una richiesta di integrazione documentale al concorrente ai sensi dell'art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, piuttosto che autorizzarne l'immediata esclusione dalla procedura.

Quanto poi alla questione dell'interpretazione da dare al richiamo della *lex specialis* a “*un unico sito*”, il Collegio ritiene di poter aderire alla tesi delle parti appellate, secondo cui tale riferimento non andava necessariamente inteso in senso rigoroso nel senso di un unico edificio, ma piuttosto nel senso che ben poteva trattarsi di attività svolte su più immobili, purché in un'unica località.

Decisiva, in tal senso, è l'accezione che al termine “*sito*” il bando di gara ha inteso dare fin dall'individuazione dell'oggetto dell'affidamento, laddove si è fatto riferimento ai servizi di vigilanza “*presso i siti SOGIN di Borgo Marengo (lotto 1), Trino (lotto 2), Saluggia (lotto 3), Caorso (lotto 4), Latina (lotto 5) e Garigliano (lotto 6)*”: con ciò facendo chiaramente coincidere i “*siti*” con le località, e non escludendosi che nell'ambito di ciascun “*sito*” potessero essere compresi più immobili o impianti.

5. Col terzo motivo, la appellante ripropone la doglianza attinente alla mancata esclusione di Sicuritalia S.p.a. per l'asserito mancato rispetto della previsione di cui al par. 4 della lettera d'invito, laddove era previsto che nella busta nr. 2, contenente i “*documenti amministrativi*” richiesti per l'ammissione alla gara, fosse inserita tra l'altro “*...copia semplice della licenza prefettizia, in corso di validità, rilasciata all'istituto per lo svolgimento di attività di vigilanza, ispettiva e fissa, nell'ambito territoriale del lotto per il quale presenta offerta*”.

5.1. Al riguardo, risulta incontestato che Sicuritalia S.p.a. ha prodotto una semplice istanza di estensione territoriale di una licenza rilasciata da Prefettura diversa da quella di Vercelli, ciò che a dire di parte appellante ne avrebbe reso vincolata l'esclusione.

Inoltre si lamenta che, mentre la documentazione presentata dall'aggiudicataria in sede di gara consisteva in un mero estratto della predetta istanza (la sua prima pagina), la stazione appaltante ha poi versato agli atti del giudizio di primo grado una documentazione diversa, e cioè l'istanza di estensione completa di tutte le sue pagine: donde le ulteriori censure di scarsa trasparenza e violazione della *par condicio*.

Sul punto, Sogin S.p.a. e Sicuritalia S.p.a. si difendono osservando:

- che l'imposizione di clausole che richiedessero ai concorrenti, già in sede di domanda di ammissione alla gara, di essere muniti di licenza edilizia valida per l'ambito territoriale cui era riferito l'affidamento era stata ritenuta dalle istituzioni comunitarie eccessivamente restrittiva della concorrenza e del mercato (con particolare riferimento alla libertà comunitaria di stabilimento), concludendosi che sarebbe stato sufficiente produrre un'istanza di estensione di licenza già posseduta, mentre il perfezionamento del titolo sarebbe stato richiesto solo ai fini della stipulazione del contratto di appalto;

- che, in ogni caso, la previsione della lettera d'invito sopra richiamata costituiva specificazione della prescrizione di cui al punto III.2.3 del bando di gara, laddove non si faceva alcun riferimento di carattere territoriale, essendo richiesto solo "*...il possesso della licenza prefettizia, in corso di validità, all'espletamento del servizio di vigilanza armata rilasciata per attività oggetto dell'appalto, ai sensi della normativa vigente*".

La controinteressata ha anche proposto appello incidentale, col quale ha riproposto le censure già articolate in primo grado, pure in via incidentale, avverso le suindicate prescrizioni della *lex specialis* ove interpretate nel senso

restrittivo stigmatizzato dalle istituzioni europee.

5.2. Tanto premesso, la Sezione reputa anche il terzo ordine di doglianze privo di consistenza.

Ed invero, va in primo luogo richiamato il noto indirizzo giurisprudenziale secondo cui, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2011, nr. 4981; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, nr. 4278).

Tale principio va inteso non solo nel senso dell'impossibilità che la lettera possa derogare alle previsioni del bando, che costituisce la *lex specialis* della procedura selettiva, ma anche nel senso dell'impossibilità – specie in un sistema dominato dalla tassatività ed eccezionalità delle previsioni di esclusione - che attraverso la lettera d'invito possano essere introdotte ipotesi di esclusione ulteriori o più rigorose rispetto a quelle contenute nel bando.

Già queste considerazioni sarebbero sufficienti a far ritenere corretto l'operato della stazione appaltante, la quale non ha reputato preclusivo dall'ammissione alla gara il mancato possesso di licenza prefettizia già valida per l'ambito territoriale oggetto di affidamento; ma vi è poi da tener conto anche del chiaro avviso negativo espresso sul punto dalle istituzioni comunitarie.

Infatti, le affermazioni con le quali Sicuritalia S.p.a. ha corredato la propria produzione documentale circoscritta alla sola istanza di estensione territoriale della licenza non costituivano una mera opinione personale, ma trovavano riscontro in decisioni della Corte di giustizia UE (cfr. sez. II, sent. 13 dicembre 2007, C-465) alle quali questo Consesso risulta essersi anche adeguato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2011, nr. 1315).

Così stando le cose, un ipotetico accoglimento della lettura più rigorosa della *lex specialis*, con la conseguente esclusione di Sicuritalia S.p.a. dalla gara, avrebbe esposto la stazione appaltante al rischio, o forse alla quasi

certezza, di reazioni giudiziali da parte del concorrente (le quali, per quanto si è detto, sarebbero state non prive di fondatezza per svariati profili).

Quanto infine alla difformità tra la documentazione cui l'istante ha avuto accesso nell'immediatezza dell'aggiudicazione e quella, più completa, versata in giudizio da Sogin S.p.a., è di tutta evidenza che questa dipende non già da un'arbitraria "riapertura" dei termini per la produzione di documentazione e favore dell'aggiudicataria, ma semplicemente dalla circostanza che *medio tempore* si era proceduto alla verifica dei requisiti da questa dichiarati per l'ammissione alla gara, ed in tale circostanza la stazione appaltante aveva avuto modo di acquisire nella sua interezza l'istanza di estensione territoriale della licenza prefettizia, della quale inizialmente disponeva solo per estratto.

6. L'infondatezza del terzo motivo di impugnazione, oltre a esaurire la serie delle doglianze di parte attrice e a imporre una decisione di reiezione del gravame principale, comporta anche l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da Sicuritalia S.p.a., che era chiaramente subordinato all'eventuale giudizio di fondatezza di tale ultimo mezzo.

7. In considerazione della relativa novità delle questioni esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/11/2012

IL SEGRETARIO

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