

N. 01600/2013REG.PROV.COLL.
N. 09355/2011 REG.RIC.
N. 09356/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9355 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Fidelitas s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Orsoni, Bruna Lazzerini e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2; La Ronda Servizi di Vigilanza Spa, Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte S.r.l., Istituto di Vigilanza Città di Treviglio S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Bruna Lazzerini, Giorgio Orsoni e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Sacbo S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Di Meo e Franco Bertacchi, con domicilio eletto presso Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, 2

nei confronti di

Italpol Vigilanza Milano S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria di un costituendo RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovan Candido Di Gioiae Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Giovan Candido

Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, 27;

RTI - Sicuritalia Spa in proprio e in qualità di mandante di RTI;

Sipro Sicurezza Professionale S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Paoletti e Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3

sul ricorso numero di registro generale 9356 del 2011, proposto dalla società Fidelitas S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Bruna Lazzerini, Angelo Clarizia e Giorgio Orsoni, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

La Ronda Servizi di Vigilanza S.p.A., Istituto di Vigilanza Corpo Vigili dell'Ordine S.r.l., Istituto di Vigilanza Città di Treviglio S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Giorgio Orsoni, Angelo Clarizia e Bruna Lazzerini, con domicilio eletto presso 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 Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, 2;

nei confronti di

Sicurezza Professionale S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Paoletti e Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

North Est Service S.p.a. (Nes Spa);

RTI - Sicuritalia S.p.a.;

Civis - Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale S.p.a.;

Italpol Vigilanza Milano S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria di un costituendo RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovan Candido Di Gioia e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Giovan Candido

Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, 27;

*quanto al ricorso n. 9355 del 2011: della sentenza del t.a.r. della lombardia –
sezione staccata di brescia, sez. ii, n. 1235/2011;*

quanto al ricorso n. 9356 del 2011: della sentenza del T.A.R. della
Lombardia - Sezione staccata di Brescia, Sezione II, n. 1297/2011;

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sacbo S.p.a., della Itapol
Vigilanza Milano S.r.l. in proprio e in qualità di mandataria di un
costituendo RTI, della Sipro - Sicurezza Professionale S.r.l. Viste le
memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2013 il Cons. Claudio
Contessa e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Lazzerini, Orsoni,
Bertacchi, Di Meo, Di Gioia, e Zoppolato

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società Fidelitas (appellante nell'ambito dei ricorsi 9355/2011 e
9356/2011) riferisce che nel corso del 2010 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.
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 del 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 del 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.

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. ai sensi dell'articolo 134 del 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 del 1940, regolamento di esecuzione del t.u.l.p.s.

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.

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

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).

A sua volta il costituendo R.T.I. Italpol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia 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.

In sede di riesercizio del potere, la stazione appaltante riammetteva in gara il costituendo R.T.I. Itapol Vigilanza Milano s.r.l. – Sicuritalia 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.

A questo punto il costituendo R.T.I., rappresentato da Fidelitas s.p.a., proponeva un secondo ricorso al Tar Lombardia, Sezione di Brescia, avente ad oggetto la riammissione in gara e l'aggiudicazione disposte in favore del costituendo R.T.I. Itapol 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.

Il Tar adito ha reso due sentenze distinte.

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. Itapol 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 T.A.R. ha accolto il ricorso n. 168/2011 ed ha 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.

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.

Con il primo ricorso in appello (recante il n. 9355/2011), la Fidelitas s.p.a. ha articolato i seguenti (cinque) motivi:

1) Violazione di legge – Violazione dell'articolo 257-ter del r.d. 635 del 1940 -, introdotto dal d.P.R. 4 agosto 2008, n. 153 – Violazione della lex specialis della gara laddove richiede la licenza prefettizia quale requisito di qualificazione – Eccesso di potere Carenza di istruttoria – Errore di fatto e di diritto – Travisamento – Perplessità – Falsa rappresentazione della realtà – Carenza di motivazione – Contraddittorietà – Violazione del principio della par condicio – Violazione del giusto procedimento;

2) Violazione dell'articolo 24 della Costituzione e degli articoli 33 e seguenti del c.p.a. – Violazione degli articoli 1, 2 e 3 del c.p.a. – Violazione dell'articolo 2909 del cod. civ. e dell'articolo 324 del c.p.c. – Violazione dell'articolo 39 del c.p.a. – Eccesso di potere – Carenza di motivazione – Errore di diritto – Violazione del principio del ne bis in idem – Perplessità – Irragionevolezza;

3) *Violazione di legge – Violazione dell'articolo 97 della Costituzione – Eccesso di potere – Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità – Violazione della par condicio – Violazione del principio di segretezza delle offerte – Violazione del principio della contestualità della valutazione delle candidature – Violazione di legge – Violazione della lex specialis – Violazione del disciplinare di gara – Violazione della sequenza procedimentale individuata dall'articolo 13 del disciplinare – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Errore di fatto e di diritto – Violazione del giusto procedimento – Travisamento – Perplexità- Carenza di motivazione – Contraddittorietà – Irragionevolezza;*

4) *Violazione di legge – Violazione dell'articolo 83 del d.lgs. 163 del 2006 – Carente motivazione – Eccesso di potere – Violazione del principio di correttezza dell'azione amministrativa – Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità – Violazione della par condicio – Violazione del principio di segretezza delle offerte – Violazione del principio della contestualità della valutazione delle candidature – Violazione di legge – Violazione della lex specialis – Violazione del disciplinare di gara Violazione della sequenza procedimentale individuata dall'articolo 13 del disciplinare – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Errore di fatto e di diritto – Violazione del giusto procedimento – Travisamento – Perplexità- Carenza di motivazione – Contraddittorietà – Irragionevolezza;*

5) *Violazione di legge – Violazione dell'articolo 83 del d.lgs. 163 del 2006 – Eccesso di potere – Errore di fatto e di diritto – Carenza di motivazione – Falsa rappresentazione degli elementi.*

Con il secondo ricorso in appello (recante il n. 9356/2011), la Fidelitas s.p.a. ha articolato i seguenti (due) motivi:

1) *Violazione di legge – Violazione dell'articolo 70 del c.p.a. in relazione alle ragioni di connessione – Eccesso di potere per aggravamento dell'attività processuale – Violazione del giusto procedimento – Contraddittorietà – Errore di fatto e di diritto – Irragionevolezza – Carenza di valutazione e di decisione – Difetto di motivazione – Difetto di istruttoria – Perplexità – Violazione di legge – Violazione art. 24, Cost.*

– *Violazione degli articoli 33 e seguenti del c.p.a.* – *Violazione degli articoli 1, 2 e 3 del c.p.a.* – *Violazione di legge (articoli 2909 del codice civile e 324 del c.p.c.)* – *Violazione dell'articolo 29 del c.p.a.* – *Eccesso di potere* – *Carenza di motivazione* – *Errore di diritto* – *Violazione del principio del ne bis in idem;*

2) *Violazione di legge* – *Violazione dell'articolo 24, Cost.* – *Violazione degli articoli 33 e segg. del c.p.a.* – *Violazione degli articoli 1, 2 e 3 del c.p.a.* – *Eccesso di potere* – *Omessa pronuncia sul terzo ricorso per motivi aggiunti notificato il 13 aprile 2011.*

Con l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria (con sentenza parziale) 2 maggio 2012, n. 2515, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato così decideva:

- disponeva la riunione dei due ricorsi in epigrafe (n. 9355/2011 e 9356/2011);

- respingeva il primo e il secondo motivo dell'appello n. 9355/2011;

- rimetteva il terzo motivo dell'appello n. 9355/2011 all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Con la sentenza 26 luglio 2012, n. 30, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non definitivamente pronunciando sul ricorso in questione, ha deciso il terzo motivo di appello (quello oggetto dal contenuto dell'ordinanza di rimessione), dichiarandolo infondato e rimettendo per il resto la definizione della controversia alla Sezione rimettente.

Nell'occasione, l'Adunanza plenaria enunciava il seguente principio di diritto: *“nella gara per l'affidamento di contratti pubblici, l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”.*

La Fidelitas s.p.a., La Ronda Servizi di vigilanza s.p.a., l'Istituto di vigilanza

Nuova Polnotte s.r.l. e l'Istituto di vigilanza Città di Treviglio s.r.l. hanno chiesto la revocazione della predetta sentenza all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, deducendone l'erroneità alla stregua di un unico articolato motivo, rubricato *“Errore di fatto risultante dagli atti e documenti di causa, rilevabile ai sensi dell'articolo 395, comma 1, n. 4) c.p.c. per il rinvio dell'art. 106 del d.lgs. n. 104/2010”*

Con sentenza 10 gennaio 2013, n. 1, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2013, gli appelli nn. 9355 e 9356 del 2011 sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 9355/2011 proposto dalla capogruppo mandataria di un R.T.I. operante nel settore della vigilanza privata avverso la sentenza T.A.R. Brescia n. 1235/2011 con cui, pronunciandosi su una gara per attività multiservizi di sicurezza presso l'aeroporto di Orio al Serio (e previa riunione)

- è stato accolto il ricorso (NRG 168/2011) proposto dal R.T.I. Italpol (che inizialmente era stato escluso dalla gara per presunta violazione delle disposizioni in tema di estensione della licenza prefettizia) ed

- è stato respinto il ricorso (NRG 435/2011) proposto dal R.T.I. Fidelitas (secondo classificato, odierno appellante) avverso gli atti con cui il R.T.I. Italpol era stato dapprima riammesso alla gara e successivamente dichiarato aggiudicatario.

Giunge altresì, alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 9356/2011 proposto dal R.T.I. Fidelitas, attivo nel settore dei servizi di sicurezza, avverso la sentenza del T.A.R. di Brescia n. 1297/2011 con cui il secondo ricorso è stato dichiarato:

- in parte improcedibile (per la parte in cui si era lamentata l'illegittimità dell'iniziale aggiudicazione in favore del RTI SIPRO) e

- in parte inammissibile (per la parte in cui si impugnavano gli atti con cui il RTI Italpol era stato dapprima riammesso alla gara e in seguito dichiarato aggiudicatario).

2. I due appelli in epigrafe devono essere riuniti, sussistendo evidenti ragioni di connessione di carattere soggettivo e oggettivo.

3. In primo luogo, occorre delimitare i confini del *thema decidendum* residuante dal complesso delle decisioni che hanno riguardato la presente vicenda processuale.

Come si è anticipato in narrativa:

- la sentenza parziale, adottata dalla Sezione con il n. 2515/2012, ha dichiarato infondati il primo dei motivi di appello articolato nel ricorso n. 9355/2011 (concernente la regolarità della posizione della mandante Italpol in relazione al possesso della licenza prefettizia in relazione alla previsione di cui all'articolo 257-ter del R.D. 635 del 1940) e il secondo dei motivi di appello articolati nel medesimo ricorso (concernente l'applicazione – asseritamente erronea – che i primi Giudici avrebbero fatto del principio del ‘*ne bis in idem*’ in sede processuale);

- la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 30 del 2012 (avverso la quale è stato proposto un ricorso per revocazione ordinaria, dichiarato inammissibile dalla stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 1 del 2013) ha dichiarato infondato il terzo dei motivi di appello articolati nel ricorso n. 9355/2011 (si tratta del motivo con cui si era lamentato che le modalità concrete con cui era stata effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice la riedizione del potere valutativo si ponessero in contrasto con i principi di trasparenza, imparzialità e par condicio fra i partecipanti alla procedura).

3.1. Pertanto, le residue questioni da definire riguardano:

- il quarto e il quinto dei motivi di appello articolati nel ricorso n. 9355/2011;

- il ricorso n. 9356/2011.

3.2. Ancora al fine della corretta delimitazione del *thema decidendum*, si deve osservare che l'appellante (nella narrativa del ricorso e non nella prospettazione dei motivi ai appello) ha riprodotto in modo pedissequo i motivi del ricorso in primo grado e dei relativi motivi aggiunti, con la clausola di stile secondo cui i motivi in questione sarebbero “*da aversi qui riprodotti*”.

Al riguardo, l'appellante non ha in alcun modo indicato quali dei motivi di ricorso in questione sarebbero stati pretermessi dai primi Giudici e non ha, quindi, evidenziato sotto tale aspetto alcun profilo di carattere rescindente idoneo a palesare vizi della sentenza gravata, limitandosi – piuttosto - a una mera (e quindi inammissibile) riproposizione dei motivi di ricorso già articolati in primo grado.

4. Con il quarto motivo di appello, la società Fidelitas lamenta che la sentenza in epigrafe sia meritevole di riforma per la parte in cui ha respinto il motivo di ricorso basato sull'indeterminatezza dei criteri di aggiudicazione relativi all'offerta tecnica (profilo che, ove accolto, paleserebbe un vizio della *lex specialis* di gara) ovvero sulla mancanza di qualsiasi motivazione fornita dalla Commissione di gara in sede di assegnazione dei punteggi, tale da consentire di ricostruire l'*iter* logico seguito in sede valutativa.

Secondo l'appellante, in particolare, il Tribunale non avrebbe rilevato il carattere del tutto immotivato dell'attribuzione dei punteggi attraverso cui si è svolto il ‘confronto a coppie’ previsto dalla *lex specialis* di gara.

Ed infatti, pur dandosi atto dell'esistenza e della predeterminazione di taluni criteri di valutazione, questi ultimi (alla cui fissazione non ha fatto seguito l'articolazione di ulteriori e più analitici sub-criteri) sarebbero di carattere talmente generico da non consentire in alcun modo di ricostruire in modo effettivo l'*iter* logico seguito dalla Commissione.

Secondo l'appellante, quindi, le operazioni concretatesi nell'attribuzione dei

punteggi risulterebbero del tutto illegittime, in quanto *“proprio nel confronto a coppie è ancor maggiore la discrezionalità, da cui la necessità di analiticità dei criteri, e non dei punteggi, ovvero di indicazione della specifica motivazione, rimanendo per converso oscuro ed inafferrabile, in mancanza, il ragionamento logico seguito.*

Diversamente il bando deve considerarsi illegittimo” (ricorso in appello n. 9355/2011, pag. 47).

4.1. Il motivo è infondato.

4.1.1. Giova richiamare le previsioni del disciplinare di gara relative all'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche (alle quali poteva essere assegnato un punteggio massimo pari a 30 su 100).

L'articolo 12 del disciplinare stabiliva che i 30 punti in questione sarebbero stati assegnati sulla base dei seguenti elementi:

- a) 7,5 punti per il *“progetto tecnico”*;
- b) 15 punti per *“proposte migliorative e/o innovazione”*;
- c) 7,5 punti per *“precedente esperienza aeroportuale”*.

Il medesimo articolo 12 stabiliva, inoltre, che *“i punti saranno attribuiti secondo il metodo del confronto a coppie di cui all'allegato A) del d.P.R. 554/1999, con la precisazione che ogni commissario valuterà quale dei due elementi che formano ciascuna coppia sia da preferire e, tenendo conto che la preferenza tra un elemento e l'altro può essere più o meno forte, attribuirà un punteggio tra 1 (pareggio), 2 (preferenza piccola) e 3 (preferenza grande)”*.

4.1.2. Venendo al merito della questione, il Collegio osserva in via preliminare che la procedura di gara all'origine dei fatti di causa ha ad oggetto un servizio contemplato nell'allegato IIB al 'codice dei contratti' – categoria n. 23 (*“servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati”*).

Ai sensi dell'articolo 20 del 'codice dei contratti', l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato IIB è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (*“specifiche tecniche”*), dall'articolo 65

(‘avviso sui risultati della procedura di affidamento’) e dall’articolo 225 (‘avvisi relativi agli appalti aggiudicati’).

Conseguentemente, non risulta di immediata o di agevole applicazione il complesso di principi e criteri richiamati dalla società appellante in relazione ai criteri di valutazione dell’offerta tecnica, anche in considerazione del fatto che nessuno dei principi e dei criteri invocati dall’appellante sembra direttamente riferibile ai canoni di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità che (in base alla generale previsione di cui al comma 1 dell’articolo 27 del ‘codice’) devono comunque trovare applicazione nel caso di contratti esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del medesimo ‘codice’.

4.1.3. Fermo restando quanto osservato *sub* 4.1.2. si osserva, comunque, che l’esame della documentazione in atti non palesa né un vizio dell’attività valutative posta in essere dai Commissari (con particolare riguardo alle modalità di attribuzione dei punteggi alle offerte), né – più a monte – un vizio nella formulazione della *lex specialis* di gara.

La tesi dell’appellante si basa in modo pressoché esclusivo sul contenuto della sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6311 del 2009, la quale ha enunciato le condizioni sussistendo le quali può essere considerato legittima (e sufficiente) l’espressione del solo punteggio numerico nell’ambito di una procedura di gara in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La sentenza da ultimo richiamata ha stabilito che il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell’offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell’ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito “*specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione*”, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l’amministrazione da una valutazione meccanica, attribuendole un potere fortemente discrezionale.

Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della p.a. sia da parte del privato interessato che del giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, dec. 30 agosto 2005 n. 4423).

Tuttavia, nel caso sottoposto al suo esame nell'ambito della vicenda definita con la sentenza n. 6311, cit. non era rinvenibile, nelle norme del bando di gara e negli atti della commissione giudicatrice, *“alcuna reale previsione dei criteri per la successiva attribuzione dei punteggi alle offerte dei partecipanti?”*, così come nessuna esplicitazione era stata data *“a proposito delle ragioni delle preferenze accordate, se non mediante i punteggi del confronto a coppie, metodo che non può sopperire all'assenza di criteri predefiniti?”*.

Ebbene il Collegio ritiene che, pur dovendosi confermare in via di principio l'orientamento espresso nella sentenza da ultimo richiamata, esso non risulti – tuttavia – applicabile alla vicenda di cui al presente giudizio.

Nel caso in esame, infatti, l'espressione dei punteggi preferenziali nell'ambito del criterio c.d. del confronto a coppie doveva essere effettuata con riferimento a specifici elementi di valutazione (specificamente riferiti: *a)* al progetto tecnico; *b)* alle proposte migliorative e/o di innovazione; *c)* alla precedente esperienza nel settore specifico) la cui declinazione presentava di per sé un grado di analiticità idoneo a supportare le operazioni valutative della Commissione, facendo riferimento a specifici contenuti delle offerte presentate.

Né può affermarsi l'eccessiva genericità dei richiamati elementi di valutazione, laddove si consideri che la loro esplicitazione era destinata – per così dire – a riempirsi di contenuto (acquisendo un adeguato livello di specificità) una volta combinata con i puntuali contenuti delle offerte, a

loro volta redatte in base a puntuali previsioni della *lex specialis* di gara (solo per fare un esempio riferito all'elemento 'progetto tecnico', basti osservare che la *lex specialis* di gara imponeva a ciascun concorrente di descrivere in modo puntuale “[le] modalità di esecuzione del servizio, del sistema organizzativo per l'espletamento dello stesso e la descrizione del «Programma di formazione di base e ricorrente» come richiesto dall'articolo 7 del Capitolato Speciale d'Appalto”).

In definitiva, nel caso in questione (contrariamente al caso definito con la sentenza n. 6311 del 2009) non sussisteva la lamentata indeterminatezza dei criteri valutativi.

Ciò consente applicare nel caso di specie il principio secondo cui nelle gare d'appalto improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di criteri puntuali e stringenti e comunque sufficientemente dettagliati (fissati dalla *lex specialis* ai sensi dell'art. 83 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163), può estrinsecarsi mediante l'attribuzione di punteggi senza la necessità di una ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso il giudizio della commissione *ex se* nella graduazione e ponderazione dei punteggi assegnati in conformità ai richiamati criteri (in tal senso: Cons. Stato, VI, 8 marzo 2012, n. 1332).

A conclusioni non dissimili può giungersi nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – l'espressione de punteggi sintetici da parte della Commissione sia avvenuto in applicazione del principio del c.d. 'confronto a coppie' di cui all'allegato A del d.P.R. 554 del 1999 (in seguito: allegati 'G' e 'P' del d.P.R. 207 del 2010).

Nel caso in questione, anzi, deve trovare applicazione il condiviso orientamento secondo cui, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie ovvero quando non ne sia stato accertato l'uso distorto o irrazionale, non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati ed in particolare sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie,

che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2012, n. 1150). Il che è esattamente quanto avvenuto nel caso in esame, nel cui ambito non è emerso alcun profilo di abnormità o di irrazionalità nell'utilizzo concreto del richiamato sistema del confronto a coppie.

Il motivo in questione deve, quindi, essere respinto sia per la parte in cui risulta formulato avverso le operazioni valutative compiute dalla Commissione, sia per la parte in cui risulta formulato avverso le stesse previsioni della *lex specialis* di gara.

5. Con il quinto motivo di appello, la società Fidelitas lamenta che la sentenza in epigrafe sia meritevole di riforma per la parte in cui ha respinto il motivo di ricorso (articolato in sede di motivi aggiunti) con cui si era contestata la formula matematica utilizzata ai fini valutativi, lamentando che essa comportasse una compressione illegittima del criterio qualitativo, non corrispondente ai pesi attribuiti.

Erroneamente, quindi, il T.A.R. avrebbe ritenuto che l'utilizzo della formula in questione non avesse comportato alcuna violazione della previsione di cui all'articolo 83 del decreto legislativo 163 del 2006 (in tema di offerta economicamente più vantaggiosa), non avendo i primi Giudici effettuato una specifica valutazione in ordine alla falsa rappresentazione degli elementi di aggiudicazione presenti nel bando e della contraddittorietà del riparto rispetto al peso attribuito agli elementi.

In particolare, i primi Giudici non avrebbero rilevato che l'applicazione del criterio utilizzato non avrebbe garantito l'*appropriatezza*' dello scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo agli elementi dell'offerta tecnica.

Allo stesso modo, la sentenza in questione risulterebbe erronea laddove ha affermato il carattere complessivamente ragionevole della limitata rilevanza attribuita alle differenze caratterizzanti i diversi progetti di servizio.

Secondo l'appellante, ciò non corrisponderebbe alla realtà, atteso che *“proprio la differente non motivata valutazione dei progetti ha condotto [all'illogico divario lamentato in sede di ricorso] che, considerata altresì la distorsione della formula matematica ha portato all'illegittimo risultato impugnato ed ora appellato”*.

5.1. Il motivo è infondato.

Deve in primo luogo rilevarsi che anche con il presente motivo di ricorso la società appellante lamenta essenzialmente: *i*) le modalità con cui sono state condotte le operazioni valutative in ordine all'attribuzione dei 30 punti (massimi) relativi all'offerta tecnica; *ii*) le modalità con cui sono stati articolati i tre elementi di valutazione e i relativi pesi ponderali, nonché – più a monte – *iii*) lo stesso impianto complessivo delineato dalla *lex specialis* di gara in relazione all'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica. Pertanto, devono in primo luogo essere qui richiamate le osservazioni svolte retro, *sub* 4.1. in relazione alla complessiva ragionevolezza dell'operato dell'amministrazione sia per quanto riguarda la fissazione, sia per quanto riguarda l'applicazione concreta delle regole di gara per ciò che riguarda la valutazione delle offerte tecniche attraverso il ricorso al metodo c.d. del 'confronto a coppie'.

Ad ogni modo, gli ulteriori motivi di doglianza già svolti in primo grado con il terzo ricorso per motivi aggiunti (e che sono stati nella presente sede di appello riproposti con il quinto motivo) sono infondati anche per le ragioni esposte qui di seguito:

- in primo luogo, si osserva che la ragione principale la quale ha determinato il limitato peso dell'offerta tecnica sull'economia complessiva dell'appalto è stata rappresentata dalla scelta (compiuta – per così dire – ‘a monte’ -) di attribuire all'offerta tecnica un peso complessivo pari a 30

punti e a quella economica il prevalente peso di 70 punti.

Si tratta di una scelta in sé legittima (non risultando vincolata da puntuali disposizioni di legge o di regolamento la determinazione del peso relativo da attribuire a ciascuna delle due voci di valutazione). Inoltre, la scelta in questione risulta non irragionevole, risultando sotto tale aspetto persuasivo l'argomento evidenziato dai primi Giudici, secondo cui le caratteristiche generali del servizio oggetto di gara sono in buona parte imposte dalla necessità del rispetto dei requisiti richiesti agli operatori del settore (ragione per cui, pur non negandosi la possibilità per i partecipanti alla gara di impostare in modo qualitativamente eterogeneo le modalità di prestazione, sembra comunque congruo che alle oggettive differenze caratterizzanti i diversi progetti di servizio sia stata attribuita una rilevanza non determinante);

- in secondo luogo si osserva che, pur dovendosi riconoscere una qualche forma – per così dire – di *contiguità sistematica* fra il contenuto dell'elemento di valutazione denominato 'progetto tecnico' e quello denominato 'proposte migliorative e/o innovazione', nondimeno l'oggettiva differenza di tali voci non consente di condividere la tesi dell'appellante, secondo cui il fatto stesso che l'aggiudicataria fosse prevalsa sulla valutazione del secondo di tali elementi, essendo invece risultata soccombente sulla valutazione del primo di essi, dimostrerebbe di per sé l'incongruità dell'operato della Commissione o l'erroneità in sé del criterio valutativo delineato dall'articolo 12 del disciplinare di gara. Al riguardo si osserva: i) che la possibilità per cui i singoli partecipanti alla gara prevalgano di volta in volta (e in modo - per così dire – 'incrociato') sulle singole voci di valutazione è connaturata alle caratteristiche stesse di un criterio di aggiudicazione 'multicriteriale' quale quello nella specie adottato dalla SACBO; ii) che tale possibilità viene ulteriormente incrementata nel caso del ricorso al criterio del 'confronto a coppie', il cui strutturale carattere – per così dire – 'asimmetrico' rende del

tutto fisiologica la possibilità di prevalenze differenziate per le singole voci di valutazione. Oltretutto, il carattere non assoluto ma ‘relativo e comparativo’ della valutazione tipica di tale criterio di valutazione rende del tutto inapplicabile la tesi prospettata dall’appellante, la quale sembra postulare una sorta di meccanica e generalizzata prevalenza di un candidato rispetto a un altro in relazione a voci di valutazione in qualche modo ‘contigue’;

- in terzo luogo (e fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena osservato), si osserva che non potrebbe comunque essere desunto un profilo di irragionevolezza o di incongruenza dal solo fatto che l’aggiudicatario R.T.I. Itapol si sia visto assegnare un punteggio pari a 15 per le ‘proposte migliorative’ e un punteggio pari a 3,659 per la voce ‘progetto tecnico’ (con una differenza – fortemente sottolineata dall’appellante – pari a 11,34 punti). L’appellante ha enfatizzato il dato differenziale in questione (nella sua misura assoluta), ma va al riguardo rilevato che le due voci di valutazione avevano un peso specifico ben diverso (per un massimo di 7,5 punti per il ‘progetto tecnico’ e di 15 punti per le ‘proposte migliorative e/o innovazione’). In definitiva, una volta ponderato in modo relativo, il differenziale su cui si sofferma la società appellante assume un peso esattamente pari alla metà di quello evidenziato in sede di ricorso.

Anche sotto questo aspetto, quindi, il motivo di appello deve essere respinto sia per la parte in cui risulta formulato avverso le operazioni valutative compiute dalla Commissione, sia per la parte in cui risulta formulato avverso le stesse previsioni della *lex specialis* di gara.

6. Si può ora passare all’esame dei motivi aggiunti nei ricorsi riuniti n. 9355/2011 e 9356/2011 proposti dalla Fidelitas s.p.a. con atto in data 6 dicembre 2012.

Con l’atto in questione l’appellante ha rilevato che il RTI Itapol dovrebbe

essere escluso dalla procedura per cui è causa ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 163 del 2006 per aver commesso “*violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali*”.

La violazione in questione emergerebbe dalla lettera in data 21 novembre 2012, con cui il FASIV (Fondo Assistenza Sanitaria Integrativa Vigilanza) ha dichiarato alla Prefettura – U.T.G. di Milano che non risultano corrisposti i ratei riferiti al periodo 2008/2009.

6.1. Il motivo è infondato.

Al riguardo il Collegio osserva che si possa prescindere dalla sussistenza nel caso di specie dei presupposti e delle condizioni per la proponibilità dei motivi aggiunti in appello (articolo 104, comma 3, del c.p.a.), non emergendo comunque in atti la sussistenza delle condizioni preclusive di cui all'articolo 38 del codice dei contratti.

Ed infatti, la dichiarazione in questione è stata resa dalla FASIV, la quale ha natura giuridica di associazione non riconosciuta, la quale gestisce un fondo di natura paritetica e non da un soggetto pubblico gestore di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza (risultando, per evidenti ragioni sistemiche, che la richiamata previsione codicistica debba essere riferita unicamente alle violazioni di obblighi contributivi *ex lege* e non a quelli rinvenienti da pattuizioni di soggetti privati).

Non a caso, del resto, l'eventuale esistenza di ratei insoluti relativi alle prestazioni rese da soggetti privati (quali il FASIV) non rileva ai fini del rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui è menzione al comma 3 dell'articolo 38, cit.

Inoltre, dal tenore del documento di cui sopra non emerge in alcun modo il carattere di gravità della violazione e il suo definitivo accertamento (in particolare, la nota di cui sopra non dà in alcun modo atto dell'ammontare dei ratei insoluti, né delle modalità del relativo accertamento, sì da non

fornire alcuna certezza in ordine al relativo carattere di definitività).

6.1.1. Il ricorso per motivi aggiunti deve, quindi, essere respinto.

7. Con il ricorso in appello n. 9356/2011 la società Fidelitas ha lamentato la scelta dei primi Giudici di non disporre la riunione del ricorso n. 166/2011 da una parte (che è stato deciso con sentenza n. 1297/2011, impugnata con l'appello n. 9355/2011) e dei ricorsi numm. 168/2011 e 435/2011 (che sono stati definiti con sentenza n. 1235/2011, impugnata con l'appello n. 9356/2011, appunto).

Secondo l'appellante, l'effetto della mancata riunione sarebbe stato nel senso che solo il ricorso n. 168/2011 (Italpol) sarebbe stato deciso nel merito, mentre i ricorsi numm. 166/2011 e 435/2011 (Fidelitas) sarebbero stati definiti con mere pronunce di rito, senza che l'odierna appellante potesse ottenere un effettivo esame delle proprie tesi.

Secondo l'appellante, del resto, *“ove l'altro appello avverso la sentenza n. 1235/11 venisse accolto, il presente giudizio riprenderebbe la sua rilevanza ai fini della decisione sulle complesse questioni che afferiscono le vicende di gara e le loro impugnazioni”*.

Del resto, nel caso in esame, i primi Giudici avrebbero erroneamente interpretato ed applicato il principio del *ne bis in idem*, dichiarando l'inammissibilità del ricorso n. 435 del 2011 e del secondo ricorso per motivi aggiunti.

7.1. Il ricorso è infondato.

7.1.1. Ad avviso del Collegio, le ragioni dinanzi esposte sub 2-6 sono di per sé idonee a palesare l'infondatezza del presente appello, atteso che le ragioni in fatto e in diritto già esposte in relazione alla reiezione dell'appello n. 9355/2011 (e nella presente sede ribadite) risultano idonee anche a definire in senso negativo i ricorsi proposti in primo grado dalla Fidelitas e recanti i numm.166/2011 e 435/2011.

Anche in questo caso, infatti, si faceva questione della medesima

complessiva vicenda e in relazione ai medesimi profili di doglianza, con particolare riguardo: i) all'ammissione alla gara dei concorrenti SIPRO ed A.T.I. Nes; ii) alla procedura di rinnovo parziale della gara; iii) alla controversa legittimità del disciplinare di gara per ciò che attiene al requisito di partecipazione costituito dal possesso della licenza di P.S./attestato ENAC; iv) alla formula matematica prescelta per l'attribuzione del punteggio economico; v) ai criteri e modalità di attribuzione del punteggio tecnico.

Per quanto riguarda, poi, l'argomento secondo cui in caso di accoglimento dell'appello n. 9355/2011, il presente giudizio riprenderebbe la sua rilevanza ai fini della decisione sulle complesse questioni che afferiscono le vicende di gara e le loro impugnazioni, va osservato che la reiezione dell'appello da ultimo richiamato fa venire meno il presupposto della deduzione di parte appellante.

7.1.2. Con il secondo motivo del ricorso n. 9356/2011, la soc. Fidelitas lamenta il mancato esame da parte del T.A.R. del terzo ricorso per motivi aggiunti notificato il 13 aprile 2011 (con il motivo in questione si era lamentata: i) l'illegittimità dei criteri di attribuzione dei punteggi dettati dalla *lex specialis* e della concreta attuazione che ne era stata data dalla stazione appaltante; ii) la violazione del buon andamento e dei principi di trasparenza e di imparzialità, oltre che della *par condicio* e della segretezza, nonché la violazione degli articoli 83 e 206 del 'codice dei contratti', nonché iii) la contraddittorietà del riparto operato dalla *lex specialis* tra offerta tecnica e offerta economica, difettando la corretta rappresentazione dell'effettivo peso attribuito ai singoli elementi, con conseguente falsa rappresentazione degli stessi).

7.1.2.1 Il motivo in questione deve essere respinto per le medesime ragioni per le quali sono stati respinti il quarto e il quinto motivo dell'appello n. 9355/2011 (nel cui ambito erano stati formulati gli stessi motivi di

impugnativa).

Per l'esame della questione si rinvia interamente a quanto già osservato *retro*, *sub* 4 e 5.

8. Per le ragioni sin qui esposte gli appelli in epigrafe, che devono essere definiti in modo congiunto, devono essere respinti, così come devono essere respinti i motivi aggiunti del 6 dicembre 2012.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti in relazione al secondo grado del giudizio, anche in considerazione dell'obiettiva complessità e parziale novità delle questioni coinvolte dalla presente decisione.

Resta, comunque, ferma la statuizione sulle spese relativa al ricorso per revocazione di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2013.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) , definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe e ferme restando le statuizioni contenute nella sentenza parziale della Sezione n. 2515/2012, nella sentenza – anch'essa parziale - dell'Adunanza plenaria numero 30/2012 e nell'ulteriore sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1/2013, respinge le rimanenti censure contenute negli atti di appello e nei motivi aggiunti, nei sensi indicati in motivazione.

Spese del secondo grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2013

IL SEGRETARIO

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