

Publicato il 23/10/2019

N. 02214/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00193/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 193 del 2019, proposto da Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia - Procura della Repubblica di Como, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliataria in Milano, via Freguglia, 1;

nei confronti

Sicuritalia S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Como del 20.12.2018, comunicata a mezzo PEC il 21 dicembre 2018, con la quale è stata disposta

l'aggiudicazione definitiva del servizio di “*vigilanza armata fissa e mobile da eseguirsi presso le sedi di viale Spallino 5 (palazzo di Giustizia di Como) e viale Innocenzo XI, 75*” a favore di Sicuritalia S.p.A. (CIG 76409420D0);

- della determina del 15.11.2018, con la quale il Direttore amministrativo ha disposto l'annullamento del provvedimento di esclusione degli operatori, con particolare riferimento all'esclusione di Sicuritalia S.p.A., riammettendoli alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di vigilanza armata mediante GPG;

- “laddove occorrer possa”, della lettera di invito prot. n. 1412 del 3.10.2018, nella parte in cui ha previsto, quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica (n. 13) con attribuzione del punteggio fisso e non discrezionale di n. 4 punti, il possesso della Certificazione SA 8000;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi compresi i verbali delle sedute della Commissione esaminatrice, nonché, di eventuali atti *medio tempore* intervenuti;

e per la declaratoria di inefficacia, nullità, annullamento e comunque per la dichiarazione di intervenuta caducazione automatica del contratto eventualmente stipulato nelle more dell'impugnativa e del giudizio, “non noto alla ricorrente”;

nonché per la conseguente condanna

della stazione appaltante resistente al risarcimento del danno in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia - Procura della Repubblica di Como;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2019 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., odierna ricorrente, ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Como e avente per oggetto il servizio di vigilanza armata fissa e mobile da eseguirsi presso le sedi di Viale Spallino n. 5 (Palazzo di Giustizia) e Viale Innocenzo XI n. 75 (Ufficio Giudice di Pace e UNEP) per il periodo intercorrente dall'1.1.2019 al 31.12.2021, classificandosi al secondo posto; la gara è stata aggiudicata alla società Sicuritalia S.p.A., originariamente esclusa dalla procedura insieme all'altra concorrente Civis S.p.A., ma con quest'ultima successivamente riammessa alla gara.

Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. impugna gli atti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, il decreto del Procuratore della Repubblica di Como di aggiudicazione della gara a Sicuritalia S.p.A., deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

I) illegittimità derivata dalla riammissione di Sicuritalia S.p.A.: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016, nonché, dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e violazione del principio di *par condicio*; esclusione; violazione del principio di segretezza delle offerte: l'aggiudicazione sarebbe viziata in via derivata dall'illegittimità della determinazione del responsabile del procedimento del 15 novembre 2018, di riammissione alla

procedura delle società Sicuritalia S.p.A. e Civis S.p.A., che erano state escluse perché l'offerta tecnica da esse presentata non conteneva *“la relazione tecnica richiesta a pag. 13 della lettera di invito quale documento necessario per la valutazione dell'offerta”*;

II) illegittimità propria: violazione del divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica; annullamento della lettera di invito nella parte in cui ha assegnato ben 4 punti fissi al possesso della certificazione SA 8000; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e violazione del principio di *par condicio*: la lettera di invito avrebbe erroneamente previsto, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica (punto 13), 4 punti fissi per il possesso della certificazione SA 8000 (che Sicuritalia S.p.A., a differenza della ricorrente, ha ottenuto), valorizzando in maniera eccessiva (nella misura di circa il 22% del punteggio tecnico, a dire della ricorrente) non la qualità dell'offerta, bensì la capacità tecnica dell'operatore, in violazione del principio di matrice comunitaria che vieta la commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Si è costituito il Ministero della Giustizia intimato, il quale ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo (per mancata impugnazione immediata del provvedimento di riammissione alla gara della controinteressata, ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, del c.p.a.) e chiedendo comunque la reiezione del ricorso nel merito.

Alla camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2019 la Sezione ha preso atto della rinuncia all'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del giorno 23 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Si può prescindere dall'esame delle eccezioni processuali in quanto il ricorso è infondato nel merito; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 74 e 120, comma 6, c.p.a.

2.1. Con riguardo al primo motivo è sufficiente rilevare che:

- la controinteressata ha caricato la relazione tecnica in una diversa sezione (quale allegato all'offerta economica) della piattaforma telematica messa a disposizione dalla stazione appaltante a causa di un errore nella configurazione del flusso procedurale, in cui la stessa stazione appaltante è incorsa al momento del caricamento della gara (v. il provvedimento del RUP del 15 novembre 2018, *sub* doc. 10 della produzione del Ministero);

- a causa di tale errore nella configurazione del flusso procedurale nessuno dei concorrenti ha caricato in piattaforma la relazione tecnica secondo le modalità previste dalla legge di gara, tenuto conto che la stessa ricorrente è riuscita a caricare il documento in questione per il tramite della modalità "caricamento allegati" anziché seguire la configurazione del flusso informatico proposta dalla piattaforma (circostanza questa non smentita dalla documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente);

- come correttamente osservato dal RUP, *"tale impossibilità o difficoltà tecnica, determinata dal sistema, non può andare a danno dell'operatore economico che, peraltro, ha comunque caricato l'offerta in piattaforma sia pure in una diversa sezione, nel tentativo di salvare gli effetti della propria volontà contrattuale"*;

- in quest'ottica, deve ritenersi legittima la decisione del RUP di *"consentire agli operatori economici esclusi di regolarizzare la presentazione dell'offerta tecnica assegnando un breve termine per effettuare l'operazione di*

caricamento ed inoltro alla Stazione appaltante utilizzando la funzionalità "comunicazioni" della piattaforma MEPA";

- peraltro, dalla documentazione di causa emerge che nella seduta pubblica del seggio di gara del 30 ottobre 2018 non sono state aperte le offerte economiche di Sicuritalia S.p.A. e Civis S.p.A. (cui le due società avevano allegato la relazione tecnica nel tentativo di superare l'impedimento frapposto dall'errata configurazione della procedura), ma sono stati aperti soltanto i plichi delle offerte tecniche: nell'occasione, infatti, la stazione appaltante ha rilevato la mancanza della relazione tecnica nei plichi di Sicuritalia S.p.A. e Civis S.p.A., decidendo quindi di escluderle dalla gara nella successiva seduta del 31 ottobre 2018;

- nella stessa seduta del 31 ottobre 2018 l'offerta tecnica di Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. è stata *"scaricata e salvata su apposita cartella informatica messa a disposizione della Commissione di gara appositamente nominata"*, mentre il seggio di gara ha proceduto *"allo scarico (download) ed all'apertura dei plichi telematici contenenti l'offerta tecnica degli operatori economici ammessi"* nella seduta pubblica del 19 novembre 2018;

- tutte le offerte tecniche presentate dagli operatori economici ammessi alla gara sono state poi esaminate e valutate dalla commissione giudicatrice nelle sedute riservate del 19, 21 e 23 novembre 2018, mentre l'apertura delle offerte economiche è avvenuta nella seduta pubblica del 28 novembre 2018;

- inoltre, il raffronto tra i documenti n. 11 e n. 12 della produzione ministeriale dimostra che, nel termine assegnato dalla stazione appaltante alla controinteressata per la presentazione della relazione tecnica tramite il canale "comunicazioni del fornitore", il contenuto

del documento già allegato all'offerta economica di Sicuritalia S.p.A. non è stato modificato;

- per tutte le ragioni sopra esposte risultano quindi salvaguardati, nella fattispecie, i principi di segretezza delle offerte, di separazione tra offerta tecnica e offerta economica e di parità di trattamento dei concorrenti.

Il motivo, pertanto, va respinto.

2.2. Quanto al secondo motivo, osserva il Collegio che:

- la *lex specialis* prevede l'attribuzione di un punteggio pari a 4 punti, sui 100 complessivi, per il possesso della certificazione SA 8000, ossia di una certificazione dell'impegno etico e sociale dell'azienda nello svolgimento dell'attività di impresa, volta a certificare alcuni aspetti della gestione aziendale, tra cui il rispetto dei diritti umani, dei diritti dei lavoratori, della sicurezza e salubrità nei posti di lavoro, della filiera di produzione dei lavoratori, dei consumatori;

- tale previsione non può ritenersi in contrasto con il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta, atteso che il criterio in parola risulta in linea con il disposto di cui all'art. 95, comma 6, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, che consente di utilizzare quali elementi di valutazione dell'offerta tecnica *“certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni”*;

- la giurisprudenza condivisa dal Collegio (cfr. C.d.S., Sez. III, n. 1635/2019; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, n. 1869/2018) ha chiarito che il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione delle offerte deve

essere applicato secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, non potendo negarsi la legittimità di criteri di valutazione che possano premiare le caratteristiche organizzative dell'impresa sotto il profilo ambientale, così come sotto i profili della tutela dei lavoratori e delle popolazioni interessate e della non discriminazione, al fine di valorizzare la compatibilità e sostenibilità ambientale della filiera produttiva e distributiva dei prodotti che costituiscono, comunque, l'oggetto dell'appalto;

- secondo la stessa giurisprudenza l'art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 già consentiva alle amministrazioni di indicare criteri premiali per la valutazione dell'offerta che potevano essere relativi, oltre che al maggior *rating* di legalità dell'impresa, anche al "minor impatto sulla salute e sull'ambiente"; parimenti il comma 6 del medesimo articolo, allorché elenca gli elementi che possono costituire criteri valutativi, non esclude il richiamo a caratteristiche proprie e soggettive dell'impresa: tale possibilità è stata già confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. III, n. 4283/2018) secondo la quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara deve essere interpretato *cum grano salis*, consentendo alle stazioni appaltanti, nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione dell'offerta, di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti la specifica attitudine del concorrente;

- peraltro, le predette considerazioni valgono a maggior ragione qualora i criteri in questione non siano preponderanti nella

determinazione complessiva del punteggio tecnico, come accade nella vicenda di cui è causa, in cui il peso ponderale di 4 punti su 100 complessivi e 70 attribuibili all'offerta tecnica, assegnato nella lettera di invito al possesso della certificazione SA 8000, non costituisce il 22 % del punteggio tecnico, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, ma si avvicina al 5,72 %;

- inoltre, la censurata previsione della *lex specialis* si giustifica anche alla luce delle indicazioni contenute nelle linee guida ANAC n. 2, secondo le quali: *“Si deve anche considerare che con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione.*

Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali. Al comma 13 dell'art. 95 viene anche stabilito che, compatibilmente con il rispetto dei principi che presidiano gli appalti pubblici, le stazioni appaltanti possono inserire nella valutazione dell'offerta criteri premiali legati al rating di legalità, all'impatto sulla sicurezza e salute dei lavoratori, a quello sull'ambiente”.

La censura, pertanto, va respinta.

2.3. In definitiva, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono il criterio della soccombenza; nulla deve disporsi, peraltro, per la parte non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio in favore del Ministero resistente, liquidandole complessivamente in € 3500 (tremilacinquecento), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO