

N. 02912/2016REG.PROV.COLL.

N. 00761/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 761 del 2016, proposto da:
Securpol Group s.r.l., in persona del legale rappresentate in carica, in proprio e quale capogruppo
del costituendo RTI con Sipro - Sicurezza Professionale s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Domenico Gentile, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Orsini, 19;

contro

S.A.Cal. - Società Aeroportuale Calabrese s.p.a., in persona del legale rappresentate pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Gualtieri, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe
Cosco, in Roma, via Muggia, 33;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Demetrio Verbaro, con domicilio eletto il suo studio, in Roma, via
Passeggiata di Ripetta, 16;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sezione II, n. 01621/2015, resa tra le parti,
concernente affidamento servizi vigilanza e controllo passeggeri aeroporto Lamezia Terme

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.A.Cal. - Società Aeroportuale Calabrese s.p.a. e di
Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le
parti gli avvocati Gentile, Gualtieri e Verbaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Securpol Group s.r.l., in associazione temporanea d'impresе con la Sipro - Sicurezza
Professionale s.r.l., ha partecipato alla procedura aperta bandita dalla S.A.Cal. - Società
Aeroportuale Calabrese s.p.a., per l'affidamento del “servizio di sicurezza e controllo passeggeri in
partenza, del relativo bagaglio a mano e del 100 % bagagli da stiva presso l'Aeroporto di Lamezia
Terme”.

All'esito della gara, da assegnarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,
l'appalto è stato aggiudicato all'Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l..

Ritenendo l'aggiudicazione illegittima la Securpol Group s.r.l. l'ha impugnata davanti al Tribunale
amministrativo regionale per la Calabria – Catanzaro, il quale con sentenza 21 ottobre 2015, n.
1621, ha respinto il ricorso.

Avverso la sentenza la Securpol Group s.r.l. ha proposto appello.

Per resistere all'impugnazione si sono costituiti in giudizio sia la S.A.Cal. s.p.a., sia l'Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l..

Securpol Group s.r.l. e Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l., hanno ulteriormente argomentato le proprie tesi difensive con apposite memorie.

Alla pubblica udienza del 12 maggio 2016, la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale va esaminata l'eccezione con cui l'Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l. deduce che l'appello sarebbe inammissibile per l'assenza di specifiche censure nei confronti della sentenza impugnata.

L'eccezione è infondata.

Come emerge dal contenuto del ricorso in appello questo è, infatti, rivolto a contestare le motivazioni con cui il Tribunale amministrativo ha respinto i motivi prospettati in primo grado.

L'impugnazione può, quindi, essere esaminata nel merito.

Giova premettere che le censure mosse dall'appellante, mirano, per un verso, a denunciare l'illegittimità di criteri e subcriteri di valutazione dell'offerta fissati nella lex specialis della gara e, per altro verso, a contestare, sotto diversi profili, i giudizi espressi dalla Commissione esaminatrice. Il Collegio ritiene di dover procedere prioritariamente all'esame di questo secondo gruppo di doglianze, connotate da un carattere maggiormente satisfattivo per l'appellante.

Si deduce in primo luogo, che il Tribunale amministrativo avrebbe errato nel respingere la censura con cui era stato dedotto il difetto di motivazione del giudizio sull'offerta tecnica espresso dalla Commissione esaminatrice.

Infatti, il suddetto organo collegiale avrebbe stabilito di non dover motivare la disposta attribuzione dei punteggi, stante "l'uniformità di valutazione" dei progetti da parte dei commissari, uniformità, invece, smentita dalle schede recanti i punteggi, allegate al verbale n. 2 del 15 dicembre 2014.

La lagnanza è infondata.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle gare pubbliche, il punteggio numerico assegnato ai vari elementi di valutazione dell'offerta, integra di per sé una sufficiente motivazione, allorché, come nel caso di specie, siano prefissati con chiarezza ed adeguato grado di dettaglio i criteri in base ai quali la Commissione deve esprimere il proprio apprezzamento, di modo che sia consentito ripercorrere il percorso valutativo compiuto e quindi controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico (cfr. da ultimo Cons. Stato, V, 12 maggio 2016 n. 1889).

Sulla base di quanto sopra rilevato, nella fattispecie non sussisteva alcun dovere di motivare, e ciò ancorché, in relazione a taluni parametri, la Commissione, pur non essendovi tenuta e quindi ad abundantiam, abbia ritenuto, per un qualunque motivo, di dover spiegare le ragioni delle proprie scelte.

Si deduce ulteriormente che la contestata valutazione sarebbe inficiata da sviamento di potere non colto dal giudice di prime cure.

Illegittimità, questa, che si ricaverebbe dal fatto che due dei tre componenti della Commissione giudicatrice si siano espressi, pressoché omogeneamente, in un senso, e il terzo abbia invece, sistematicamente, reso valutazioni opposte (sempre a favore della concorrente appellata).

L'irragionevolezza delle valutazioni compiute dal terzo componente risulterebbe da una perizia di parte prodotta in giudizio di cui il giudice di prime cure non ha tenuto conto.

La censura non merita accoglimento.

In base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, affinché la censura di sviamento di potere possa ritenersi fondata occorre che gli elementi emersi rivelino in modo indubbio il dissimulato scopo dell'atto (cfr. Cons. Stato, IV, 14 luglio 2015, n. 4392 e 27 aprile 2005, n. 1947; V, 13 febbraio 1993, n. 245), condizione questa, che nella specie, non si rinviene. In particolare, non costituisce, di per se solo, sintomo di sviamento di potere, il fatto che nell'ambito di una commissione di gara uno dei suoi componenti si esprima con giudizi divergenti da quelli degli altri e sempre a favore di uno solo dei concorrenti.

Per un verso, l'eventualità di giudizi differenti all'interno di un organo collegiale è connaturale alla sua stessa composizione pluripersonale, per altro verso, la circostanza che uno dei componenti si esprima sempre a favore di uno dei concorrenti, non è sintomo, in assenza di ulteriori elementi di riscontro, di un vizio della valutazione.

Né l'irragionevolezza di quest'ultima può trarsi dal fatto che una consulenza di parte abbia diversamente giudicato le proposte dei concorrenti in gara, essendo l'apprezzamento tecnico-discrezionale di queste riservato in via esclusiva alla Commissione, il cui giudizio non può essere sostituito, né da quello del giudice, né tanto meno da quello di un perito di parte.

L'omessa considerazione della consulenza di parte non costituisce, quindi, vizio dell'impugnata sentenza.

Quest'ultima sarebbe ancora errata nella parte in cui ha escluso l'irragionevolezza dei punteggi assegnati ai due concorrenti con riguardo ai seguenti sub criteri.

a) "Formazione del personale e pianificazione periodica in materia aeroportuale" (max 15 punti).

La norma di gara stabiliva che 7 punti sarebbero stati attribuiti in regione dell'esautività del piano formativo di base e ricorrente del personale in ambito aeroportuale da valutare alla luce di moduli e tempistiche proposti dai concorrenti.

Nel progetto dell'appellata, valutato con un più elevato punteggio, non vi sarebbero riferimenti a moduli e tempistiche, ma solo ad attività formative pregresse e in ogni caso il programma da quest'ultima proposto si estrinsecerebbe in corsi inferiori, nella qualità e nel numero, a quelli indicate dall'RTI capeggiato dall'appellante, come emergerebbe dalla perizia giurata prodotta in primo grado.

b) "Sistemi di controllo interno per il monitoraggio formazione del personale" (max punti 3).

Dall'esame del progetto dell'Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna s.r.l. emergerebbe l'irragionevolezza del punteggio ad esso assegnato da uno dei commissari (commissario "C"), non risultando chiaro come possa essere giudicato "ottimo" un progetto in cui manchino "riferimenti specifici ... al monitoraggio della formazione", così come richiesto dal bando.

Il punteggio assegnato alla proposta dell'appellata dovrebbe, dunque, essere ridotto nella misura prospettata nella menzionata perizia giurata.

c) "Curricula istruttori" (max punti 5).

Il punteggio assegnato all'appellata in relazione a tale parametro è dipeso dal fatto che i tre curricula presentati sarebbero dimostrativi "dell'esperienza pregressa e dell'attuale coinvolgimento del formatore in diverse altre realtà aeroportuali", circostanza questa che assicurerebbe "un valore aggiunto al piano formativo in termini di qualità e di continuo aggiornamento dei contenuti dell'azione formativa".

Senonché, in base alla proposta dell'appellata, solo uno dei formatori era deputato alla formazione di base, dovendo gli altri occuparsi della sola formazione aggiuntiva. Pertanto, i curricula di questi ultimi non avrebbero potuto essere valutati ai fini dell'attribuzione del punteggio concernente il sub parametro "curricula istruttori".

Il solo curriculum valutabile della proposta dell'appellata, era, però, meno brillante di quello posseduto dall'unico istruttore indicato dal RTI con a capo l'appellante, per cui la comparazione fra i due, avrebbe determinato, in relazione al parametro in parola, il prevalere dell'offerta del medesimo RTI o quantomeno la parità di punteggio fra le due proposte.

Ciò dimostrerebbe la sussistenza della denunciata irragionevolezza della valutazione, non colta dal giudice adito.

L'appellante reitera, quindi, la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio, non accolta dal Tribunale amministrativo.

Le censure come sopra sinteticamente riassunte non meritano accoglimento.

Quanto alla doglianza sub a) si rileva che, in termini generali, l'assenza di <<riferimenti a "moduli" e "tempistiche" >> nel progetto dell'appellata non determina alcuna carenza dello stesso, essendo sufficiente che dalla complessiva lettura del progetto emergano le caratteristiche, anche temporali, dei corsi di formazione proposti.

Nella restante parte la censura è inammissibile in quanto diretta a censurare nel merito la valutazione espressa dalla Commissione esaminatrice, a nulla rilevando, evidentemente, che la richiamata perizia di parte abbia attribuito prevalenza al progetto dell'appellante.

Quanto alla doglianza sub b), va osservato che, come emerge dall'apposito paragrafo del progetto dell'appellata, dedicato alla formazione professionale del personale (pag. 12 e segg.), la proposta (pur non facendone uno specifico sotto paragrafo) non omette di indicare le attività di monitoraggio della detta attività formativa, includendole nella più ampia descrizione di tutte le operazioni inerenti alla formazione professionale oggetto di proposta.

Una volta esclusa, con riguardo allo specifico elemento di valutazione di che trattasi, la denunciata carenza, il giudizio espresso sul medesimo elemento non mostra segni di irragionevolezza. Né può rilevare, per le considerazioni già più sopra svolte in ordine all'insostituibilità del giudizio tecnico della Commissione, il differente apprezzamento espresso nella perizia di parte prodotta dall'appellante.

Nemmeno la censura sub c) è condivisibile.

Diversamente da quanto si deduce con l'appello, i curricula degli istruttori, non costituiscono – come si ricava dal bando di gara - un sub parametro dell'elemento di valutazione: "Esaustività e compatibilità operativa del piano formativo di base e ricorrente", ma del più generale parametro: "Formazione del personale e pianificazione periodica in materia aeroportuale".

Conseguentemente, potevano essere apprezzati, tutti e tre i curricula presentati dall'appellata, indipendentemente dal tipo di attività formativa (di base o aggiuntiva) che gli istruttori avrebbero dovuto espletare.

Alla luce delle considerazioni svolte non trova giustificazione la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio, la quale, peraltro, non potrebbe, comunque, essere disposta al fine di sostituire le sue risultanze al giudizio della Commissione giudicatrice.

L'appellante lamenta, ancora, l'erroneità della gravata sentenza nella parte in cui non ha accolto la censura con cui era stata contestata la mancata attribuzione del punteggio di cui all'art. 8, punto 1, lett. a) del bando di gara.

Con la detta censura la Securpol Group s.r.l. aveva dedotto che, in relazione al detto parametro valutativo, concernente il numero delle guardie particolari giurate (GG.PP.GG.) proposto, il RTI di cui la medesima faceva parte, avrebbe conseguito un punteggio inferiore a quello spettante, essendo stato riconosciuto solo quello per le GG.PP.GG. autorizzate ad operare nella provincia di Catanzaro in assenza di certificazione ENAC, e non anche quello per le GG.PP.GG. munite della detta certificazione, che invece doveva essere attribuito, tenuto conto che una parte delle GG.PP.GG. indicate possedevano la certificazione in parola.

Il giudice di prime cure avrebbe, pertanto, errato nel ritenere i due criteri alternativi fra loro.

La doglianza è infondata.

Il criterio di valutazione in questione stabiliva:

"Relativamente all'organizzazione operativa dell'impresa punti 20

a) Per un numero minimo di GG.PP.GG. pari a 80:

autorizzate a operare nella Provincia di Catanzaro:

- GG.PP.GG. con certificato ENAC max punti 20;

- GG.PP.GG. senza certificato ENAC max punti 10;

in corso di autorizzazione a operare nella Provincia di Catanzaro:

- GG.PP.GG. con certificato ENAC max punti 15;

- GG.PP.GG. senza certificato ENAC max punti 5.

Il Punteggio agli altri concorrenti sarà attribuito con il criterio della proporzionalità.

Se il numero totale delle GG.PP.GG. è inferiore a 80 sarà attribuito un punteggio pari a 0.

Un numero totale di GG.PP.GG. superiore a 150 non sarà preso in considerazione per l'attribuzione del punteggio".

Orbene, con affermazione del tutto condivisibile, il Tribunale amministrativo ha rilevato che “si tratta all’evidenza di due criteri non concorrenti, ma alternativi come emerge dall’esito di una interpretazione meramente letterale e sistematica del bando di gara”.

L’applicazione congiunta dei due sub criteri potrebbe, infatti, portare, all’assegnazione di un punteggio maggiore (30 punti), di quello massimo attribuibile in base al criterio generale nell’ambito del quale i sub criteri stessi si inquadrano (20 punti). E, contrariamente a quanto l’appellante deduce, siffatta evenienza non è esclusa dal fatto che, in base al menzionato art. 8, punto 1, lett. a), l’attribuzione del punteggio debba avvenire in base a criteri di proporzionalità, poiché, come emerge dalla lettera della norma di gara in parola, quest’ultima riguarda il rapporto fra le offerte, con la conseguenza che un’applicazione congiunta dei due sub criteri, anche proporzionale, può dar luogo a punteggi superiori a quello massimo previsto per il criterio stesso. Tutte le ulteriori censure mosse dall’appellante, mirano a denunciare l’illegittimità di criteri e sub criteri di valutazione dell’offerta fissati nella *lex specialis* della gara, con la conseguenza che l’eventuale accoglimento di una qualunque di esse condurrebbe, di necessità, al travolgimento dell’intera procedura concorsuale.

Nel descritto contesto il Collegio ritiene di poter esaminare prioritariamente e in via assorbente, la doglianza con cui l’appellante contesta l’impugnata sentenza per aver respinto la censura con la quale era stata dedotta l’illegittimità della norma del bando di gara con cui era stato posto un limite alla facoltà dei concorrenti di proporre ribassi sul prezzo, stabilendo che oltre la soglia del 12 %, ogni ulteriore ribasso sarebbe stato irrilevante ai fini dell’attribuzione del punteggio.

Il Tribunale amministrativo ha motivato la reiezione del motivo in ragione dello “stretto collegamento con il costo del lavoro, al fine di evitare di svilire ogni tutela del lavoro, favorendo l’anomalia dell’offerta e di impedire la presentazione di ribassi tali da pregiudicare l’applicazione del CCNL”.

Secondo l’appellante il giudice adito non avrebbe considerato che, per un verso, la corretta valutazione del costo del lavoro da parte del concorrente è verificabile attraverso l’apposito strumento del giudizio di anomalia, per altro verso, la fissazione di un limite alla rilevanza dei ribassi contrasta con i principi in materia di concorrenza e di libertà d’iniziativa economica. Il motivo di gravame è fondato.

La prescrizione oggetto di contestazione stabilisce: “I punteggi relativi al prezzo offerto saranno determinati attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari a uno, attribuito al valore del ribasso pari al 12 %, ed il coefficiente pari a zero, attribuito al valore del ribasso pari a 0 %, moltiplicando i coefficienti così ottenuti per il peso attribuito all’elemento prezzo. Alle offerte con ribassi superiori al 12 % sarà comunque attribuito il coefficiente pari a uno”.

Come correttamente dedotto dall’appellante, la trascritta norma di gara introduce un’inammissibile limite alla libertà degli operatori economici di formulare la proposta economica sulla base delle proprie capacità organizzative e imprenditoriali, pregiudicando, sino di fatto ad annullarlo, il confronto concorrenziale sull’elemento prezzo.

L’avversata clausola, quindi, ad un tempo, produce un effetto distorsivo della concorrenza e pregiudica la libertà d’iniziativa economica, risultando, conseguentemente, lesiva dei correlativi principi sanciti, in materia di appalti, a livello euro-unitario e nazionale.

Obiettano le appellate che la tesi della legittimità della clausola oggetto di contestazione troverebbe esplicito conforto nell’art. 266, comma 1, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), il quale, con riguardo all’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, stabilisce espressamente che l’offerta economica indichi il “ribasso percentuale unico, definito con le modalità previste dall’articolo 262, comma 3, in misura comunque non superiore alla percentuale che deve essere fissata nel bando in relazione alla tipologia dell’intervento”.

La tesi non è condivisibile.

A prescindere dal fatto che l’invocata norma regolamentare si riferisce ad una particolare tipologia di servizi, differenti da quello oggetto del contendere, ha carattere assorbente il rilievo che la detta

disposizione presenta profili di dubbia legittimità, connessi alla violazione dei ricordati principi in materia di tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica.

La limitazione introdotta con l'avversata clausola della lex specialis, non può, poi, trovare giustificazione, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, nell'esigenza di garantire che il prezzo proposto sia sufficiente a sostenere il costo del lavoro e a salvaguardare la corretta applicazione dei CCNL, atteso che tali finalità devono essere perseguite attraverso lo strumento tipico all'uopo predisposto dal legislatore, all'art. 87, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che consente di escludere dalla gara, all'esito del procedimento di verifica ivi contemplato, le offerte risultate anormalmente basse.

Deve conclusivamente ritenersi viziata una prescrizione di gara finalizzata a limitare la rilevanza del ribasso offerto dai concorrenti.

L'appello va, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti della S.A.Cal. s.p.a., mentre possono essere compensati nei riguardi dell'Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla gli atti gravati in primo grado.

Condanna la S.A.Cal. s.p.a. al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 15.000/00 (quindicimila), oltre accessori di legge.

Compensa le suddette spese nei confronti dell'Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini,	Presidente
Claudio Contessa,	Consigliere
Fabio Franconiero,	Consigliere
Raffaele Prosperi,	Consigliere
Alessandro Maggio,	Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2016

IL SEGRETARIO

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