



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 88 del 2012, proposto da:
SICURITALIA S.P.A., in proprio e in qualità di mandataria della
costituenda A.T.I con Allsystem s.p.a., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Bruno
Sarzottti, Marco Napoli e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto
presso l'avv. Bruno Sarzottti in Torino, corso Re Umberto, 27;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO, in persona del
 Rettore pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
 distrettuale dello Stato di Torino, domiciliata per legge in Torino,
 corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

TELECONTROL VIGILANZA S.P.A., in proprio e in qualità di
designata capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di

imprese con SEVIT SERVIZI E VIGILANZA TORINO SRL, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Claudio Vivani e Filippo Andrea Giordanengo, con domicilio eletto presso l'avv. Claudio Vivani in Torino, corso Galileo Ferraris, 43;

per l'annullamento

- del Decreto Dirigenziale n. 7967 del 15.12.2011, comunicato in data 20.12.2011, con il quale l'Università degli Studi di Torino ha disposto, in favore del costituendo rti Telecontrol - Sevit, l'aggiudicazione definitiva del servizio di vigilanza armata, ispezione e radiocollegamento presso le Sedi Universitarie per il periodo 1.1.2012 -30.6.2014;

- di ogni altro atto ad esso presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso, ivi compresi i verbali di gara, con particolare riferimento ai verbali del 18 ottobre, 25 ottobre, 17 novembre e 21 novembre 2011, nonché agli atti prodromici all'eventuale stipula del contratto di servizio;

- dell'intera lex specialis di gara ed in particolare del Capitolato Speciale e del Capitolato d'Oneri;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Università' degli Studi di Torino e di Telecontrol Vigilanza S.p.A.in rti con Sevit Servizi e

Vigilanza Torino Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2012 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione il 03.08.2011, l'Università degli Studi di Torino ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, ispezioni e radiocollegamento presso le sedi universitarie per il periodo dal 01.01.2012 al 30.06.2014, riaffidabile per un ulteriore periodo di trenta mesi alle condizioni di cui all'art. 57, comma 5 lett. b) del D. Lgs. 163/2006.

2. Il bando ha fissato il prezzo a base d'asta in € 1.606.000, di cui € 803.000 per il periodo certo ed € 803.000 per il periodo opzionale, e ha stabilito che l'appalto sarebbe stato affidato all'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri indicati nel capitolato d'onori (il quale, a tale riguardo, prevedeva l'attribuzione di 60 punti su 100 alla componente economica dell'offerta e l'attribuzione dei restanti 40 punti alla sua componente tecnica).

3. All'esito della procedura di gara, con decreto dirigenziale n. 7967 del 15.12.2011 comunicato ai concorrenti il 20.12.2011, la gara è stata

aggiudicata in via definitiva all'ATI formata da Telecontrol Vigilanza s.p.a. e Sevit s.r.l., con un punteggio complessivo di punti 97,233.

Al secondo posto in graduatoria si è classificata la costituenda ATI tra Sicuritalia s.p.a. (gestore uscente del servizio) e Allsystem s.p.a, con un punteggio complessivo di 95,487.

4. Con ricorso a questo Tribunale notificato il 18.01.2012 e depositato il 30.01.2012, Sicuritalia s.p.a. ha impugnato l'atto di aggiudicazione definitiva e gli ulteriori atti della procedura di gara indicati in epigrafe e ne ha chiesto l'annullamento (con il conseguente travolgimento dell'intera procedura di gara) sulla base di quattro motivi, con i quali ha lamentato:

I) che le buste B contenenti le offerte tecniche dei concorrenti siano state aperte dalla commissione di gara in seduta riservata anziché pubblica, in violazione del capitolato d'oneri (pagg. 12 e 13) e dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 13 del 28 luglio 2011, antecedente la pubblicazione del bando;

II) che la commissione di gara abbia omissis, sia di verificare l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche e la rispondenza del loro contenuto a quanto prescritto dal capitolato d'oneri, sia di verbalizzare le forme e i modi di sigillatura dei plichi contenenti le offerte nonché le modalità di custodia dei plichi medesimi nel lasso temporale tra la prima e la seconda seduta di gara e tra questa e le successive;

III) che la commissione di gara, prima di procedere alla valutazione

delle offerte tecniche, abbia introdotto sub criteri e sub pesi di valutazione con riferimento ai criteri relativi alla “indicazione del numero e della tipologia del personale impiegato e ai “tempi di intervento su segnale di allarme”, in violazione dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 (nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal “terzo decreto correttivo” D. Lgs. 152/2008) e dei principi affermati dall’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici;

IV) che il bando di gara non abbia imposto ai partecipanti di indicare dettagliatamente e separatamente i propri oneri per la sicurezza, in violazione dell’art. 26 del D. Lgs. 09.04.2008, n.81 e dell’art. 86 comma 3-bis del D. Lgs. 163/2006, così viziando *ab origine* l’intera procedura di gara.

Ha chiesto conclusivamente l’annullamento degli atti impugnati e la condanna dell’amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica mediante la rinnovazione dell’intera procedura di gara, ovvero, in subordine, per equivalente. Ha formulato istanza cautelare di sospensione degli atti impugnati.

3. Si sono costituiti l’Università degli Studi di Torino e l’ATI controinteressata Telecontrol Vigilanza s.p.a. / Sevit s.r.l., depositando documentazione e resistendo al gravame.

4. Alla camera di consiglio del 23.02.2012, dato atto che il contratto con Sicuritalia, gestore uscente del servizio, è stato prorogato fino al 30 aprile 2012 (in attesa della definizione del presente giudizio), il difensore della parte ricorrente ha chiesto e ottenuto di rinviare la discussione dell’istanza cautelare all’udienza di merito, che è stata

contestualmente fissata per il giorno 19 aprile 2012.

5. In prossimità di quest'ultima, sia la parte ricorrente che la controinteressata hanno integrato le proprie difese.

6. Quindi, all'udienza del 19 aprile 2012, la causa è stata trattenuta per essere decisa.

7. Il giorno stesso è stato pubblicato il dispositivo della presente decisione.

DIRITTO

1. E' fondato e assorbente il primo motivo di ricorso.

1.1. La legge di gara prescriveva che l'apertura delle buste B contenenti le offerte tecniche e la verifica del loro contenuto dovessero avvenire "*in seduta pubblica*" (cfr. capitolato d'oneri, pagg. 12-13), conformemente, peraltro, ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 28 luglio 2011 n. 13.

1.2 Dall'esame degli atti di causa si evince che la predetta prescrizione della *lex specialis* non è stata osservata.

1.3. In particolare, dalla lettura del verbale di gara del 18 ottobre 2011, relativo alla prima seduta pubblica della commissione, si evince che in quella sede la commissione ha proceduto soltanto all'"*apertura dei plichi pervenuti*" e all'esame "*della documentazione*" prodotta dai concorrenti, ossia del contenuto della (sola) busta A.

Si evince, inoltre, che "*le buste contenenti le offerte economiche*" sono state "*sigillate in un unico plico e affidate in custodia all'Ufficiale Rogante*".

Nulla si dice in ordine all'apertura delle buste B contenenti le offerte tecniche e alla verifica del loro contenuto.

1.4. Quand'anche si trattasse soltanto di una verbalizzazione incompleta o imprecisa – come sostiene l'Amministrazione – si tratterebbe pur sempre di una lacuna idonea a determinare di per sé l'illegittimità dell'intera procedura di gara.

Infatti, le lacune del verbale di gara pubblica che riguardino aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne verificare la correttezza determinano l'invalidità dell'atto verbalizzato, mentre soltanto quelle che riguardano aspetti diversi e non determinanti danno luogo a mere irregolarità formali non idonee a comportare l'illegittimità dell'atto che tali omissioni presenti (Consiglio Stato sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1094; Consiglio Stato, sez. VI, 14 aprile 2008, n. 1575).

Nel caso di specie l'asserita lacuna della verbalizzazione incide su un aspetto essenziale al fine di sindacare la regolarità della procedura di gara, dal momento che essa non consente di verificare l'osservanza da parte della commissione, sia di quanto prescritto dal capitolato d'oneri (nella parte in cui imponeva che l'apertura e il controllo delle buste B avvenissero in seduta pubblica), sia, più in generale, dei principi generali di pubblicità, trasparenza ed imparzialità delle pubbliche gare affermati nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria.

1.5. Del resto, l'esame degli atti causa induce il collegio a ritenere che nel caso di specie non si sia trattato di una semplice incompletezza formale della verbalizzazione ufficiale, ma, più in radice, di un'oggettiva e sostanziale violazione della normativa di gara.

Il verbale di gara del 18 ottobre 2011 attesta chiaramente che in

occasione di quella seduta pubblica la commissione di gara ha proceduto all'esame della sola documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti e non anche dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche.

Tale conclusione è confermata dalla lettura del verbale successivo del 25 ottobre 2011, relativo alla seduta *"riservata"* in cui la commissione ha proceduto alla *"valutazione"* delle offerte tecniche.

Nella premessa di tale verbale si dà atto delle operazioni compiute dalla commissione in occasione della precedente seduta pubblica del 18 ottobre 2011 e, in particolare, si precisa che la commissione, in quella occasione, *"si [era] riunita in seduta pubblica per l'apertura dei plichi e per la verifica della conformità della documentazione in essi contenuta alle prescrizioni di cui ai punti 1), 2), 3) e 4) del Capitolato d'onere"*: vale a dire per la verifica della regolarità dell'*"istanza di ammissione alla gara"* (punto 1), delle varie *"dichiarazioni"* di rito rese dai legali rappresentanti dei concorrenti (punto 2), della *"garanzia provvisoria"* (punto 3) e della *"ricevuta comprovante il versamento della contributo a favore dell'Autorità di Vigilanza"*.

Se questi sono gli unici incumbenti svolti dalla commissione in quella riunione, risulta confermato in modo implicito - ma nondimeno evidente - che in quella sede non si è invece proceduto all'apertura e alla verifica delle buste B contenenti le offerte tecniche: di cui, infatti, nulla si dice.

In tale contesto formale, la prova testimoniale richiesta dall'Amministrazione non può essere ammessa perché sarebbe

finalizzata a provare circostanze contrarie al contenuto di un atto pubblico, assistito da fede privilegiata fino a querela di falso.

In definitiva, l'esame dei predetti elementi convince il collegio che la commissione ha proceduto all'apertura delle buste B solo in occasione della successiva seduta riservata del 25 ottobre 2011, subito prima di procedere alla valutazione delle medesime offerte, con ciò determinando un vizio insanabile della procedura di gara per violazione della *lex specialis* e dei principi generali di trasparenza, pubblicità e imparzialità delle pubbliche gare.

Il motivo qui in esame va pertanto accolto, con conseguente all'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della sua integrale rinnovazione.

2. Il carattere assorbente del primo motivo consentirebbe di omettere la disamina dei motivi residui.

Tuttavia, il collegio ritiene che sia opportuno esaminare anche gli ulteriori motivi ai fini di fornire all'amministrazione indicazioni utili ai fini della riedizione della procedura di gara.

2.1. Con il secondo motivo la ricorrente ha dedotto due ulteriori profili di illegittimità della procedura, lamentando che la commissione di gara abbia omesso: in primo luogo di verificare l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche e la rispondenza del loro contenuto a quanto prescritto dal capitolato d'oneri; in secondo luogo di verbalizzare le forme e i modi di sigillatura dei plichi contenenti le offerte nonché le modalità di custodia dei plichi medesimi nel lasso temporale tra la prima e la seconda seduta di gara e tra questa e le

successive.

2.2. Il primo profilo di censura è fondato, alla stregua delle considerazioni già svolte in relazione al primo motivo: negli atti di gara manca l'attestazione da parte della commissione di aver proceduto a verificare l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche e la rispondenza del loro contenuto a quanto prescritto dal capitolato d'oneri, e ciò costituisce di per sé un vizio di legittimità della procedura per violazione della legge di gara, perché non consente di verificare l'effettivo assolvimento dei predetti incombeni.

2.3. Il secondo profilo è invece infondato.

La Sezione è consapevole che sulla specifica questione sollevata dalla parte ricorrente vi è un orientamento giurisprudenziale, minoritario, secondo cui “nelle gare pubbliche le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione con conseguenza che è sufficiente che vi sia la prova in atti che la documentazione di gara è rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, non potendosi porre a carico dell'interessato l'onere di provare che vi sia stato in concreto l'evento che le misure cautelari intendono prevenire “ (Cons. Stato, sez, V, 16 marzo 2011, n. 1617; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011 n. 1368).

Tuttavia, la Sezione condivide l'orientamento di gran lunga prevalente secondo cui “la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per

sé motivo di illegittimità dell'attività posta in essere dalla commissione di gara per garantire la custodia di plichi, in assenza di ulteriori elementi idonei a far ipotizzare che si siano verificate in concreto manomissioni o alterazione dei documenti” (Cons. Stato, V, 5 ottobre 2011, n. 5456; Cons. Stato, V, 7 luglio 2011 n. 4055; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3079; Cons. Stato, III, 13 maggio 2011 n. 2908; TAR Parma, sez. I, 9 dicembre 2011, n. 424; TAR Catania sez. III, 22 luglio 2011, n. 2003; TAR Napoli, sez. I, 18 marzo 2011, n. 1496.

Poiché nel caso di specie la ricorrente non ha dedotto alcun elemento concreto da cui poter desumere l'avvenuta manomissione o alterazione dei plichi, il profilo di censura qui in esame va disatteso perché generico.

3. Il terzo motivo è fondato.

3.1. L'art. 83 comma 4 del D. Lgs. 163/2006 prevede che eventuali sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi, ove necessari, debbano essere previsti nel bando di gara.

E' stato invece soppresso, già con il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti (art. 1, comma 1 lettera u) del D. Lgs. 11.09.2008, n. 152), il potere della commissione giudicatrice di fissare in via generale, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub criterio il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.

La norma in esame, pertanto, nel quadro di una progressiva limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, impone ora che sia il bando, e non la commissione, a

prevedere, ove necessario, gli eventuali sub-criteri sub-pesi o sub-punteggi, al fine di garantire l'imparzialità delle valutazioni nella essenziale tutela della *par condicio* tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente alla aggiudicazione della gara.

La stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con la recente determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, ha chiarito che “Le modifiche apportate al comma 4 dell’art 83 del Codice implicano una definizione dei criteri di valutazione che si predetermina in toto a monte della gara e che, dunque, vede nella stesura del bando il momento unico per inquadrare tutti i criteri (e i loro pesi ponderali) che saranno poi considerati nel momento più tecnico della valutazione delle offerte, questa sì in capo alla commissione giudicatrice. Ciò, per tutelare anche il principio di trasparenza ed evitare il rischio che tali criteri motivazionali siano declinati secondo una valutazione a posteriori. Quando si intende ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non è possibile, allora, lasciare generiche o indeterminate parti del capitolato prestazionale, per poi farle “completare” dalle offerte e, così, permettere alle commissioni valutazioni che integrano le scelte effettuate dalla stazione appaltante nel bando di gara. Al contrario, il capitolato ed il progetto debbono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione in modo chiaro e definendo, in maniera altrettanto chiara, i livelli qualitativi ai quali corrispondono i punteggi, affinché la commissione

si limiti ad accertare la corrispondenza tra un punteggio ed un livello predefinito”.

3.2. Osserva il collegio che tali principi non sono stati rispettati nella fattispecie in esame dal momento che la commissione giudicatrice, nella seduta riservata del 25 ottobre 2011, prima di procedere alla valutazione delle offerte tecniche, ha stabilito sub-criteri e sub-punteggi in relazione a due profili fondamentali delle offerte (quali “il numero e la tipologia del personale impiegato nell’espletamento del servizio” e “i tempi di intervento su segnale di allarme”), così incidendo arbitrariamente su aspetti che, se conosciuti per tempo dalle imprese concorrenti, avrebbero potuto orientare diversamente le loro decisioni nella presentazione delle offerte.

3.3. In sede di riedizione della gara, pertanto, tutti i criteri di valutazione e gli eventuali sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi dovranno essere predeterminati nella legge di gara, nel rispetto di quanto prescritto dall’art. 83 comma 4 del Codice dei Contratti.

4. E’ fondato anche il quarto motivo.

4.1. L’art. 83 comma 3 bis D. Lgs. 163/2006 prevede che nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

Ne consegue che i costi relativi alla sicurezza devono essere specificamente indicati, non solo nelle offerte dei concorrenti, ma prima ancora “nella predisposizione della gara” (e cioè dei bandi e della documentazione integrativa degli stessi), con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso dei costi stessi, trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori.

4.2. Nel caso di specie la legge di gara non conteneva alcuna indicazione degli oneri della sicurezza, né obbligava i concorrenti ad indicarli nelle proprie offerte.

Esso è pertanto illegittimo *in parte qua* per violazione dell'art. 86 comma 3 bis citato.

Né l'illegittimità può ritenersi sanata per il fatto che il concorrente aggiudicatario abbia indicato i propri oneri della sicurezza in sede di verifica di congruità dell'offerta, dal momento che – secondo principi condivisi dalla Sezione – “una diversa opzione interpretativa, che consentisse l'integrazione del dato mancante nell'ambito della procedura in contraddittorio relativa al controllo sulle offerte anomale di cui all'art. 88 del codice dei contratti pubblici, si risolverebbe, d'altronde, in un' interpretatio abrogans della disciplina normativa che dedica una specifica attenzione ai costi di sicurezza imponendo l'indicazione in sede di offerta in ragione della particolare delicatezza dei valori in giuoco” (Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849).

4.3. In sede di riedizione della gara l'Amministrazione dovrà pertanto indicare nella legge di gara gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso

e obbligare i concorrenti a fare altrettanto nelle proprie offerte.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati ai fini della riedizione dell'intera procedura di gara.

6. La rinnovazione della procedura di gara soddisfa pienamente anche la domanda di risarcimento in forma specifica formulata dalla parte ricorrente.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Università degli Studi di Torino e l'ATI controinteressata a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida forfettariamente in € 2.000 (duemila) oltre accessori di legge a carico di ciascuno di essi.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2012

IL SEGRETARIO

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