

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Palermo, Sezione Prima, Sentenza dell’8 luglio 2014 n. 1787 sul principio di sinteticità degli atti processuali; sulla legittimità della redazione della motivazione della sentenza *per relationem*, attraverso il richiamo delle contrarie argomentazioni contenute negli scritti delle parti; sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale con particolare riferimento all’ipotesi di tre concorrenti che prospettano tutti di essere potenzialmente legittimi aggiudicatari e dicono di aspirare in via principale al bene della vita dell’aggiudicazione ; sull’avvalimento

La massima

1. Il principio di sinteticità degli atti processuali (1), in un’ottica di efficace collaborazione tra le parti e il giudice, costituisce elemento pregiudiziale rispetto alla definizione della controversia secondo il modello accelerato voluto dal legislatore e trasposto nell’art. 120 c.p.a.

In sostanza, solo nella misura in cui le parti offrano al giudice atti defensionali chiari e sintetici è possibile che il giudice renda un celere servizio di giustizia con la tempestiva pubblicazione del dispositivo e il deposito di una sentenza chiara e sintetica (e possibilmente anche semplificata).

In mancanza del rispetto, a monte, del fondamentale principio di sinteticità degli atti di parte, il giudice, per assicurare, a valle, il rispetto del principio di sinteticità della sentenza, dovrà necessariamente circoscrivere la materia del contendere ai soli punti controversi (anche alla luce delle indicazioni già fornite in sede cautelare e all’esito dell’attività istruttoria eventualmente disposta); dovrà poi fare contemporanea applicazione dei principi dell’acquiescenza e dell’assorbimento dei motivi non esaminati (secondo il disposto di cui all’art. 39, co. 1, c.p.a., che rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali).

2. In ossequio ai principi di speditezza che necessariamente connotano il rito in materia di appalti, specie quando si tratta dei provvedimenti di esclusione dalla gara e anche di ammissione (il quali, *de iure condendo*, sarebbe opportuno fossero assoggettati allo stesso onere di immediata impugnazione a pena di decadenza, così da evitare successivi travolgimenti dell’aggiudicazione) va peraltro riconosciuta la piena legittimità della redazione della motivazione della sentenza *per relationem*, attraverso il richiamo delle contrarie argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice riterrà quindi di fare proprie.

3. Nei rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale, costituisce *ius receptum* (2) il principio secondo cui nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione. L’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, tuttavia, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

4. Di fronte a 3 concorrenti che prospettano tutti di essere potenzialmente legittimi aggiudicatari e dicono di aspirare in via principale al bene della vita dell’aggiudicazione (essendo peraltro il terzo anche l’attuale esecutore del servizio e sussistendo sempre e comunque un interesse qualificato per una collocazione sia in prima che in seconda posizione in graduatoria), la questione del rapporto tra ricorso principale ed incidentale, può essere affrontata e risolta condividendosi l’*obiter dictum* contenuto nella sentenza della Cass. Civ., Sez. Unite, 21.06.2012 n. 10294 secondo cui “l’aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell’opera non rappresenta in ogni caso l’aspirazione dell’ordinamento (v. artt 121/123 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un’attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato”.

Pertanto, salvo che ci siano profili di irrivalenza nella notifica o nel deposito dei gravami o nell’instaurazione del contraddittorio rispetto ai legittimi controinteressati (il che nel caso di specie non

è), spetta al giudice amministrativo (in disparte la circostanza che il singolo motivo che risulti fondato, sia contenuto in un ricorso denominato principale o incidentale) indicare alla stazione appaltante se l'impugnato provvedimento di ammissione, nei limiti dei vizi dedotti dalle parti, o rilevabili d'ufficio dal giudice, sia legittimo o meno.

In sostanza, pur dovendo necessariamente rispettarsi, da un lato, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (salvo i vizi di nullità), e pur dovendo senz'altro prendersi atto dell'assenza nell'attuale sistema ordinamentale della figura del pubblico ministero amministrativo, il sommo dovere del giudice amministrativo (di primo e secondo grado) è quello di esercitare la funzione giurisdizionale per come effettivamente configurata e voluta dal legislatore costituzionale (3).

Spetta in conclusione al giudice amministrativo, al fine di evitare possibili distorsioni della concorrenza e del mercato, indicare gli eventuali profili di illegittimità nell'azione amministrativa della commissione, prima, e della stazione appaltante, poi, le quali hanno ammesso tutte e tre i concorrenti in gara ritenendo evidentemente legittima la loro ammissione.

5. Alla luce dell'inequivocabile dato normativo, poiché la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento è di consentire, attraverso l'acquisizione di specifiche capacità proprie di altre imprese, l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici di nuove imprese prive di determinati requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa, è ovvio che per evitare che l'istituto determini il formarsi di una sorta di "scatola vuota", diventa imprescindibile la puntuale individuazione del suo oggetto.

Tale non può essere, ovviamente, la mera indicazione del requisito di capacità mancante, perché si tratterebbe di una tautologia, essendo necessaria la specifica indicazione delle risorse (personali, imprenditoriali, di organizzazione, etc.) e dei mezzi (tecnici) che vengono messi a disposizione dall'ausiliario al concorrente, così da consentirgli di acquisire anche, nel tempo, il know how di cui era originariamente sprovvisto, per poter poi autonomamente partecipare a nuove gare nel settore di cui trattasi. Secondo il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa (4), tale conclusione oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio).

In questa prospettiva la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o espressioni simili) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (5). La sufficiente determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento è, peraltro, funzionale alle esigenze di certezza dell'Amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario (6) (*a cura della redazione della Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania*).

La nota

1. V. artt. 3, c. 2 e 120, c. 10, c.p.a., che codificano un principio, senza peraltro prevedere esplicitamente una sanzione per la sua violazione ai sensi dell'art. 26, c. 2, c.p.a.
2. V. Cons. Stato, Ad. Plen., 10.11. 2008, n. 11; T.A.R. Sicilia, Sez. III, 15.02.2011, n. 274; Cons. Stato, Ad. Plen., 07.04.2011, n. 4; T.A.R. Sicilia, sez. III, 17.06.2011, n. 1104; T.A.R. Sicilia, sez. I, 14.02.2013, n. 351; Corte di Giustizia U.E., Sez. X, 04.07.2013, C-100/12 Fastweb e, infine, Cons. Stato, Ad. Plen., 25.02.2014, n. 9.
3. V. Part. 103 Cost. e la sentenza della Corte Cost. n. 204/2004, che qualifica la specialità della giurisdizione del giudice amministrativo, il cui particolare bagaglio formativo e professionale gli consente di essere "giudice

ordinario per la tutela, nei confronti della Pubblica Amministrazione, delle situazioni soggettive” di interesse legittimo e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi – v. risarcimento del danno.

4. V. Cons. Stato, Sez. VI, 08.05.2014, n. 2365.

5. In tal senso Cons. Stato, Sez. V, 06.08.2012, n. 4510, Cons. Stato, Sez. III, 03.09.2013, n. 4386.

6. V. Cons. Stato, Sez. III, 17.06.2014, n. 3058, che richiama Cons. Stato, Sez. III, 22.01.2014, n. 294, avente addirittura ad oggetto il mero avvalimento di garanzia.

La sentenza

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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti:

1) numero di registro generale 1893 del 2013, proposto da Ksm s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaella Sara Russo, Fulvio Ingaglio La Vecchia e Maria Beatrice Miceli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio della prima, sito in Palermo, via N. Morello, n. 40;

contro

Enac - Ente nazionale per l'aviazione civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi n. 81, è ex lege domiciliato;

nei confronti di

- il Consorzio Sicurgem, in persona del legale rappresentante pro tempore, e la Metronotte d'Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Girolamo Rubino, Ornella Sarcuto e Lucia Alfieri, ed elettivamente domiciliati, presso lo studio del primo, sito in Palermo, via G. Oberdan, n. 5;

www.cameraamministrativacampania.com

- l'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Polizzotto e Antonietta Sartorio, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo, sito Palermo, via N. Morello, n. 40;

2) numero di registro generale 2844 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Polizzotto e Antonietta Sartorio, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo, sito Palermo, via N. Morello, n. 40;

contro

Enac - Ente nazionale per l'aviazione civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi n. 81, è ex lege domiciliato;

nei confronti di

- il Consorzio Sicurgem, in persona del legale rappresentante pro tempore, e la Metronotte d'Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Girolamo Rubino, Ornella Sarcuto e Lucia Alfieri, ed elettivamente domiciliati, presso lo studio del primo, sito in Palermo, via G. Oberdan, n. 5;

- Ksm S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaella Sara Russo, Fulvio Ingaglio La Vecchia e Maria Beatrice Miceli, ed elettivamente domiciliata presso lo studio della prima, sito in Palermo, via N. Morello, n. 40;

per l'annullamento:

quanto al ricorso r.g. n. 1893/2013:

a) del provvedimento ENAC n. 80/DG del 22 luglio 2013 di aggiudicazione definitiva al Consorzio Sicurgem dei Lotti 1 e 2 posti in gara mediante "procedura aperta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dell'appalto dei servizi di sicurezza,

www.cameraamministrativacampania.com

controllo passeggeri, bagagli a mano, bagagli da stiva e merci, di cui all'articolo 2, e servizi di cui all'articolo 3 del Decreto Ministeriale 29 gennaio 1999, n. 85, nonché servizi di controllo di sicurezza del personale di staff e dei mezzi (varco di servizio e varco carraio) da effettuarsi in ambito aeroportuale sugli aeroporti di Lampedusa (lotto 1) e Pantelleria (lotto 2)”, comunicato in data 25 luglio 2013 con raccomandata prot. 25/7/2013 0088976-P con il quale è stata, pure, collocato l’Istituto di Vigilanza “La Sicurezza” s.r.l., quale secondo in graduatoria;

b) per quanto occorra e possa, la nota del Direttore Centrale Finanza prot. n. 87552 del 22 luglio 2013 (citato nel provvedimento impugnato sub a) con il quale è stata proposta l'aggiudicazione definitiva dei due lotti;

c) ove occorra e per quanto di ragione, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato nella seduta del 3 giugno 2013;

d) ove occorra e per quanto di ragione, i verbali della Commissione di gara n. 1 del 28 febbraio 2013, n. 2 del 12 marzo 2013, n. 3 del 26 marzo 2013, n. 4 del 8 aprile 2013, n. 5 del 15 aprile 2013, n. 6 del 28 maggio 2013 e n. 7 del 3 giugno 2013;

e) ogni altro atto e/o provvedimento consequenziale, connesso e/o, collegato;

con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente KSM (previa declaratoria della inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario), nonché, in subordine, per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento per equivalente del danno cagionato dai provvedimenti impugnati;

quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti, r.g. n. 2844/2013:

a) del provvedimento ENAC n. 80/DG del 22 luglio 2013 di aggiudicazione definitiva al Consorzio Sicurgem dei Lotti 1 e 2 posti in gara mediante “procedura aperta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dell'appalto dei servizi di sicurezza, controllo passeggeri, bagagli a mano, bagagli da stiva e merci, di cui all'articolo 2, e servizi di cui all'articolo 3 del Decreto Ministeriale 29 gennaio 1999, n. 85, nonché servizi di controllo di sicurezza

del personale di staff e dei mezzi (varco di servizio e varco carraio) da effettuarsi in ambito aeroportuale sugli aeroporti di Lampedusa (lotto 1) e Pantelleria (lotto 2)”;

b) dei verbali della Commissione di gara n. 1 del 28 febbraio 2013, n. 2 del 12 marzo 2013, n. 3 del 26 marzo 2013, n. 4 del 8 aprile 2013, n. 5 del 15 aprile 2013, n. 6 del 28 maggio 2013 e n. 7 del 3 giugno 2013, nelle parti specificate;

c) ogni altro atto e/o provvedimento consequenziale, connesso e/o, collegato;

nonché:

- della nota prot. n. 75371/FAC del 24/6/2013, con cui l'Enac ha riscontrato le osservazioni dell'Istituto di Vigilanza “La Sicurezza” s.r.l., confermando l'aggiudicazione provvisoria nei confronti del Consorzio Sicurgem;

- del verbale di gara del 3/6/2013, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione in gara del Consorzio Sicurgem e la successiva aggiudicazione provvisoria;

- del verbale di gara del 3/6/2013, nella parte in cui la Commissione esaminatrice ha attribuito punti 0 all'Istituto di Vigilanza “La Sicurezza” s.r.l., piuttosto che punti 15, per la voce di cui al punto 5.1.3) del disciplinare di gara;

- del punto 9 del disciplinare di gara;

- del punto 5.1.2. del disciplinare di gara;

- del disciplinare di gara, nella parte in cui non ha prescritto la specifica stima e indicazione dei costi relativi alla sicurezza;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

con conseguente esclusione dalla gara del Consorzio Sicurgem ed aggiudicazione di entrambi i lotti all'Istituto di Vigilanza “La Sicurezza”, e, in subordine, per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento, per equivalente, del danno cagionato dai provvedimenti impugnati;

Visti i ricorsi (introduttivi e per motivi aggiunti) e i relativi allegati, originariamente proposti al T.a.r.

Lazio – sede di Roma;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Viste le ordinanze n. 8376/2013 e n. 9765/2013 con le quali il T.a.r. Lazio ha dichiarato la propria incompetenza indicando come competente il T.a.r. Sicilia-Palermo;

Visti gli atti di riassunzione dei ricorsi presso il T.a.r. Sicilia - Palermo;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., nel ricorso r.g. n. 1893/2013 e volto ad ottenere l'esclusione della ricorrente principale KSM s.p.a., dalla gara di cui trattasi;

Visto il ricorso incidentale proposto da KSM s.p.a., nel ricorso r.g. n. 2844/2013 e volto ad ottenere l'esclusione dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., dalla gara di cui trattasi;

Viste le memorie difensive depositate in giudizio dalle parti in vista della trattazione dell'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza del T.a.r. Sicilia - Palermo, sez. I, n. 674/2013, relativa al ricorso r.g. 1893/2013, con la quale l'istanza cautelare è stata accolta ai fini della fissazione del merito e sono stati altresì disposti incombenti istruttori;

Vista l'ordinanza del C.g.a., n. 870/2013, che ha confermato l'ordinanza n. 674/2013;

Rilevato che con riferimento al ricorso r.g. n. 2844/2013, alla c.c. del giorno 10/1/2014 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la stessa è stata abbinata al merito, successivamente fissato per il 27/3/2014, con trattazione congiunta al ricorso r.g. n. 1893/2014 (per il quale è stata richiesta un'anticipazione di udienza rispetto a quella già fissata per il 30/4/2014);

Viste le note dell'ENAC prot. n. 132981 del 22/11/2013 e prot. n. 21292 del 28/2/2014, depositate in giudizio a seguito degli adempimenti istruttori disposti con l'ordinanza n. 674/2013;

Visti tutti i documenti e le memorie difensive depositati in giudizio dalle parti in vista della trattazione dei ricorsi nel merito;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli artt. 119 e 120 c.p.a.;

Relatore il Cons., dott.ssa Federica Cabrini;

Uditi alla pubblica udienza del giorno 27 marzo 2014 i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato e in diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso r.g. n. 1893/2014, ritualmente notificato e depositato presso il T.a.r. Lazio – Sede di Roma, la KSM s.p.a. (d'ora in avanti KSM) ha impugnato gli atti in epigrafe indicati relativi alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento, per la durata di anni 2, con facoltà di rinnovo per altri 2 anni, dell'appalto dei servizi di sicurezza, controllo passeggeri, bagagli a mano, bagagli da stiva e merci, di cui agli artt. 2 e 3 d.m. n. 85/1999, nonché dei servizi di controllo di sicurezza del personale di staff e dei mezzi (varco di servizio e varco carraio), da effettuarsi negli aeroporti di Lampedusa (lotto 1 – importo biennale complessivo a base d'asta, euro 2.509.942,40) e Pantelleria (lotto 2 – importo biennale complessivo a base d'asta, euro 2.174.872,14).

Alla gara hanno partecipato:

- Consorzio Sicurgem (di seguito “Sicurgem”), che ha designato come esecutore del servizio Metronotte d'Italia s.r.l. (di seguito “Metronotte”) e si è collocato primo in graduatoria;
- Istituto di Vigilanza “La Sicurezza” s.r.l. (di seguito “La Sicurezza”), collocatosi secondo in graduatoria; e
- KSM, collocatasi terza in graduatoria (peraltro aggiudicataria, in proroga, del servizio di cui trattasi).

Sostiene la ricorrente principale KSM che i concorrenti Sicurgem e La Sicurezza, avrebbero dovuto essere entrambi esclusi dalla gara di cui trattasi.

Avverso i provvedimenti impugnati, al fine di ottenere l'aggiudicazione del contratto, KSM espone le seguenti censure:

A) quanto all'illegittimità dell'ammissione in gara de La Sicurezza:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Violazione del punto III.2.1 dell'avviso di gara e del punto 7.1. lett. b) del disciplinare – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Eccesso di potere per omessa motivazione, atteso che La Sicurezza ha partecipato alla gara avvalendosi dell'impresa ausiliaria Itapol Vigilanza s.r.l., che ha fornito in avvalimento il requisito di capacità tecnica richiesto dal bando.

Nel caso di specie però, l'impresa ausiliaria, ha dichiarato di aver acquistato in data 17/12/2012 (e quindi nel corso dell'anno precedente la partecipazione alla gara), un ramo di azienda dalla Itapol Vigilanza Milano s.r.l., ma, pur essendovi tenuta, non ha prodotto la dichiarazione ex art. 38 del legale rappresentante di tale società, Antonino Alagna;

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 39, 40, 41 e 42 d.lgs. n. 163/2006 per difetto assoluto di capacità tecnica della società Itapol Vigilanza s.r.l. – Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara – Eccesso di potere sotto il profilo della erroneità del presupposto e del travisamento dei fatti e conseguente violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 – Violazione dei principi di buon andamento della p.a., atteso che il concorrente La Sicurezza non avrebbe dovuto essere ammesso alla gara, non avendo rappresentato il necessario possesso della capacità tecnica (v. punto III.2.3 del bando).

Non vale a tal fine nemmeno l'avvalimento in quanto l'ausiliaria Itapol Vigilanza s.r.l., non ha alcun fatturato per il servizio oggetto di gara, servizio che non è genericamente riferibile a qualsiasi attività di vigilanza e sicurezza, quale ad es. il piantonamento fisso, ma deve essere riferito agli specifici servizi di vigilanza aeroportuale ex artt. 2 e 3 d.m. 85/1999;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 49 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione del punto III.2.3) dell'avviso di gara – Violazione dei punti 3 e 7.1 lett. c) del disciplinare di gara, atteso che l'avviso di gara richiedeva quale requisito di capacità tecnico-professionale aver prestato, nel triennio 2010-2011-2012, almeno un servizio di vigilanza e sicurezza reso ad un unico committente di importo annuale non inferiore a 2 milioni di euro, iva esclusa, in caso di partecipazione ad entrambi i lotti.

La Sicurezza per tale requisito ha fatto ricorso all'avvalimento nei confronti di Itapol, il quale ha dichiarato di aver eseguito il servizio di cui trattasi nei confronti dell'Azienda USL Roma C, ma nella qualità di mandataria di un' A.t.i.; detto fatturato non è quindi riferibile per intero ad Itapol;

4) Violazione dell'art. 38, c. 1, lett. c) d.lgs. n. 163/2006 – Violazione del punto III.2.1. dell'avviso di gara e del punto 7.1 lett. b) del disciplinare – Violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Eccesso di potere per grave carenza di motivazione – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, atteso che il concorrente La Sicurezza è stato ammesso alla gara nonostante il sig. Giuseppe Sberna, amministratore della soc., avesse dichiarato che nei propri confronti era stato emesso decreto penale di condanna per violazione dell'art. 17 TULPS in relazione all'art. 134 dello stesso (i.e. servizio di vigilanza svolto in assenza di autorizzazione prefettizia).

La commissione avrebbe dovuto quantomeno motivare il perché abbia ritenuto tale condanna irrilevante;

5) Violazione degli artt. 37 e 38 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione dell'avviso di gara, punto III.2.1) lett. b) – Violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Eccesso di potere per omessa motivazione, atteso che né il rappresentante legale, né l'amministratore unico hanno dichiarato di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 37, c. 7, d.lgs. n. 163/2006.

B) quanto all'illegittimità dell'ammissione in gara di Sicurgem:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, c. 3 bis e 87, c. 4, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 26, c. 6, d.lgs. n. 81/2008, in relazione all'art. 46, c. 1 bis, d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni del bando e del disciplinare – Eccesso di potere per errore di fatto ed erroneità del presupposto – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione – Eccesso di potere per violazione del principio di parità di trattamento – Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 sulla subordinazione del principio di economicità alla tutela della salute – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che, pur trattandosi di un appalto afferente a servizi ricompresi nell'all. IIB del codice degli

appalti, la *lex specialis* della procedura l'ha assoggettato all'intero novero delle disposizioni del codice dei contratti, ivi compresi gli artt. 86 e 87 (nonché l'art. 26, c. 4, d.lgs. n. 81/2008), i quali impongono la precisa indicazione dell'incidenza degli oneri per la sicurezza da rischio specifico (o aziendali) – diversi da quelli da interferenza considerati dalla stazione appaltante nel Duvri – quale elemento essenziale dell'offerta.

Ai sensi dell'art. 46, c. 1 bis, codice dei contratti, l'omissione di tale indicazione comporta l'esclusione dalle gare.

Si tratta di norme inderogabili poste a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità e alle caratteristiche del lavoro stesso; trattandosi di indicazione che riguarda l'offerta, non è ammesso il potere-dovere di soccorso.

Del tutto irrilevante è la previsione nella legge di gara di una espressa sanzione di esclusione discendendo la stessa automaticamente dalla legge;

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 39 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni di cui al punto III.2.1 del bando e delle correlative disposizioni e del disciplinare – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Erronea applicazione dell'art. 36 d.lgs. n. 163/2006 – Errore di fatto – Erroneità del presupposto – Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e motivazione – Violazione e falsa applicazione degli artt. 47, 71 e 75 d.p.r. n. 445/2000 – Omessa verifica del contenuto delle autodichiarazioni – Decadenza – Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che per il possesso dei requisiti generali o soggettivi, di cui al punto III.2.1. del bando - che rinvia al D.M. n. 85/1999 e 23/2/2000 – non è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Nel caso di specie la commissione ha omesso di verificare se i requisiti soggettivi di cui all'art. III.2.1. del bando (v. esperienza e capitale sociale) fossero posseduti anche dalla consorziata Metronotte e non

solo al Consorzio Sicurgem in proprio (peraltro Consorzio non stabile), nei confronti del quale peraltro non è neppure stata fatta la verifica.

Peraltro, la licenza prefettizia della Metronotte d'Italia prodotta in sede di gara risale al 2010 e quindi non risulta in regola con i controlli prescritti dal d.m. 269/2010, né sembra valere per la Provincia di Agrigento;

3) Illegittimità della partecipazione del Consorzio Sicurgem alla procedura di gara in composizione parziale – Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, degli artt. 34 e 37 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che per i Consorzi privi di personalità giuridica non sarebbe ipotizzabile una partecipazione parziale, perché essa farebbe venir meno il vincolo dell'organizzazione comune e della responsabilità solidale;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 d.p.r. n. 207/2010 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che Sicurgem era privo dei requisiti di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando (aver prestato, nel triennio 2010-2011-2012, almeno un servizio di vigilanza e sicurezza reso ad un unico committente di importo annuale non inferiore a 2 milioni di euro, iva esclusa, in caso di partecipazione ad entrambi i lotti).

La Metronotte d'Italia, ha quindi fatto ricorso all'avvalimento operativo nei confronti degli Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. (di seguito I.V.R.I.), ma né nelle dichiarazioni dell'ausiliario, né in quelle dell'ausiliato, né nel contratto di avvalimento vi è traccia delle risorse e dei mezzi necessari messi a disposizione per la realizzazione dell'appalto;

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 d.p.r. n. 207/2010 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che I.V.R.I. è risultata

gravemente inadempiente nel contratto di appalto stipulato con Aeroporti di Puglia s.p.a. (v. sentenza T.a.r. Puglia-Bari, sez. I, n. 685/2013);

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che I.V.R.I. ha omesso di rendere le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 per due soggetti con la carica di procuratori sociali;

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che presso la Metronotte d'Italia opera un procuratore generale di cui non vi è traccia nel camerale della società;

8) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione del punto 7.1. lett. d) del disciplinare di gara in materia di idonee referenze bancarie – Eccesso di potere per errore di fatto e erroneità del presupposto - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Eccesso di potere per violazione del principio di parità del trattamento – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che delle referenze bancarie presentate da Sicurgem e Metronotte almeno due sono del tutto generiche e quindi inidonee ad attestarne la capacità economica;

9) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione del punto 7.1. lett. g) del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione dell'art. 445/2000 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Difetto di istruttoria e motivazione – Violazione del principio di buona amministrazione – Violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che le certificazioni ISO di Sicurgem e di Metronotte d'Italia sono prive del riferimento al settore di attività per cui sarebbe stato conseguito il requisito soggettivo di partecipazione relativo alla vigilanza e sicurezza in ambito aeroportuale.

Peraltro le fideiussioni prodotte da Sicurgem sono intestate al Consorzio, ma non contengono l'indicazione della ragione sociale delle imprese che ne fanno parte; né la polizza è conforme al modello delineato dall'art. 75 del codice appalti;

10) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 – Eccesso di potere per errore di fatto e erroneità del presupposto – Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione di canoni di logica e correttezza - Eccesso di potere per violazione del principio di parità del trattamento – Violazione del principio di buona amministrazione, atteso che la Commissione ha ritenuto identiche le proposte tecniche formulate per i 2 lotti dalle partecipanti, ivi compresa la KSM, ma i 2 progetti, per Lampedusa e Pantelleria, sono diversi e avrebbe dovuto essere diversamente valutati.

La ricorrente conclude per l'accoglimento del ricorso formulando anche domanda di subentro e domanda risarcitoria.

Con il ricorso incidentale, ritualmente notificato e depositato, nel giudizio di cui al ricorso r.g. n. 1893/2014, La Sicurezza ha chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe indicati e l'esclusione dalla gara di KSM.

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1, lett. l) del disciplinare di gara – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che la KSM ha ommesso di indicare alcuni dati obbligatori nel modello GAP;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1, lett. b) del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 d.p.r. n. 445/2000 – Eccesso di potere per erroneità nei presupposti – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che la dichiarazione sostitutiva del direttore tecnico aeroportuale, Bernardo Mangiameli, è stata prodotta senza la copia di un valido documento di identità;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1, lett. d) del disciplinare di gara – Eccesso di potere per erroneità nei presupposti – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che le referenze

bancarie prodotte dalla KSM sono inidonee a soddisfare quanto richiesto dalla lex specialis ai fini dell'ammissione alla gara (firma illeggibile, non riferibile ad una persona fisica individuata e priva dell'indicazione della qualifica del sottoscrittore);

4) Violazione del punto 8 del disciplinare – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti – Contraddittorietà manifesta – Difetto di istruttoria, atteso che dal verbale di sopralluogo non può evincersi la qualifica del soggetto che l'ha effettuato per conto di KSM.

La ricorrente incidentale conclude quindi per la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

Con ordinanza n. 674/2013 (confermata in appello), l'istanza cautelare relativa al ricorso r.g. n. 1893/2013 è stata quindi accolta ai fini della fissazione dell'udienza per la discussione del ricorso nel merito e sono stati altresì disposti necessari incumbenti istruttori successivamente ottemperati dall'Enac.

In vista della trattazione del ricorso nel merito le parti hanno depositato altri documenti e memorie difensive.

Con il successivo ricorso r.g. n. 2844/2013, anch'esso ritualmente proposto al T.a.r. Lazio e successivamente riassunto a seguito della declaratoria di incompetenza del T.a.r. Lazio, La Sicurezza, seconda in graduatoria, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di Sicurgem.

Il ricorso è stato notificato anche a KSM, ma avverso l'ammissione della stessa alla gara di cui trattasi, non sono state dedotte censure.

Lamenta l'impresa ricorrente:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione del punto 2) del disciplinare di gara e degli artt. 86, c. 3 bis, e 87, c. 4, d.lgs. n. 163/2006 s.m.i. e dell'art. 46, c. 1 bis – Violazione e falsa applicazione dell'art. 26, c. 6, d.lgs. n. 81/2008 – Violazione e falsa applicazione del punto 5.1.2) del disciplinare di gara – Offerta tecnica – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che la Commissione ha illegittimamente ammesso alla

gara Sicurgem, seppure lo stesso non abbia reso la dichiarazione e la quantificazione degli oneri di sicurezza generali.

Il Consorzio si è limitato a indicare il ribasso unico in percentuale dell'importo complessivo posto a base d'asta.

In base alla lex specialis, che rinvia agli artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006, sussiste l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza aziendali o da rischio specifico.

La misura di detti oneri non è predeterminata e può variare in relazione al contenuto dell'offerta stessa, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta.

In sede di motivi aggiunti - proposti avverso l'aggiudicazione definitiva - vengono altresì dedotti i seguenti motivi:

2) Violazione e falsa applicazione del punto III.2.3 dell'avviso di gara – Carenza dei requisiti di capacità tecnica – Violazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 – Difetto di istruttoria, atteso che Metronotte d'Italia s.p.a., consorziato di Sicurgem, ed indicata quale esecutore del servizio, è ricorsa all'istituto dell'avvalimento, dichiarando di avvalersi di I.V.R.I., per dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica relativa ai principali servizi resi nel triennio 2010-2011-2012, nel settore oggetto di gara.

Tuttavia, in data 26/6/2012, Aeroporti di Puglia aveva proceduto a risolvere il contratto stipulato con I.V.R.I. e ad annullare in autotutela la precedente aggiudicazione, stante la presenza di gravi inadempimenti nello svolgimento del rapporto contrattuale avente ad oggetto il controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva in partenza e in transito presso l'Aeroporto di Brindisi, anche in ragione dell'arresto di otto guardie giurate particolare dipendenti di I.V.R.I. in relazione a episodi di furto di beni sottratti dai bagagli dei passeggeri (v. sentenza T.a.r. Puglia-Bari, sez. I, 3 maggio 2013, n. 685).

Manca pertanto in atti una attestazione in ordine alla regolarità del servizio reso nel triennio 2010, 2011 e 2012.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 d.p.r. n. 207/2010 – Difetto di istruttoria, atteso che il contratto di avalimento stipulato da Metronotte d'Italia s.r.l. e I.V.R.I. non risponde ai requisiti di legge.

Invero, non risultano individuate in modo determinato e specifico le risorse e i mezzi prestati;

4) Violazione e falsa applicazione del punto II.2.1 dell'avviso di gara e del punto 7.1, busta A, lett. b) del disciplinare di gara – difetto di istruttoria, atteso che Sicurgem non sembra rientrare in alcuna delle fattispecie di cui all'art. 34 d.lgs. n. 163/2006.

Esso si è autoqualificato come consorzio ordinario aperto con attività esterna ex art. 2602 ss. c.c. e ha indicato una delle consorziate, Metronotte d'Italia s.r.l., per l'esecuzione dell'appalto, ma il Consorzio, quale concorrente e potenziale contraente della p.a. non poteva esimersi dal dichiarare e dal possedere effettivamente i requisiti di ordine generale richiesti dal disciplinare al punto III.2.1, qualificati quali requisiti minimi necessari di ammissione alla gara.

Nel caso di specie la Commissione ha errato non escludendo dalla gara il Consorzio, che ha omesso di dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale;

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1, lett. d) del disciplinare di gara – Eccesso di potere per erroneità nei presupposti, difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che tra i documenti necessari per l'ammissione alla gara al punto 7.1 del disciplinare vi sono “idonee dichiarazioni bancarie, prodotte in originale o in copia conforme, di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. n. 385/1993; nel caso di specie le dichiarazioni sono sottoscritte con un tratto di penna indecifrabile, senza alcuna indicazione nominativa dell'agente e senza alcuna specificazione dei suoi poteri rappresentativi;

6) Violazione e falsa applicazione del punto 7.1, lett. l) del disciplinare di gara – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta, atteso che il Consorzio è stato ammesso nonostante non abbia reso correttamente la dichiarazione GAP;

7) Violazione del punto 8 del disciplinare di gara – Eccesso di potere per erroneità nei presupposti – Contraddittorietà manifesta – Difetto di istruttoria, atteso che dal verbale del sopralluogo effettuato dal Consorzio presso gli aeroporti in data 21 e 22/2/2013, non può evincersi la qualifica dell'incaricato, non risultando nemmeno il documento di identità;

8) Eccesso di potere sotto il profilo della manifesta irragionevolezza in relazione all'attribuzione del sub punteggio pari a 0, in relazione all'elemento di valutazione di cui al punto 5.1.2 del disciplinare, atteso che risulta incongruo e immotivato l'attribuzione di un punteggio pari a 0, con riferimento all'elemento di valutazione relativo alla “formazione aggiuntiva del personale”, avendo la ricorrente prestato particolare attenzione alla questione.

Conclude quindi per l'annullamento degli atti impugnati invocando l'aggiudicazione in proprio favore.

Con ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato, la soc. KSM ha chiesto l'annullamento dei medesimi atti impugnati in via principale nel ricorso r.g. n. 1893/2013, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara de La Sicurezza e, per l'effetto, la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale proposto dalla stessa impresa.

Ripropono le medesime censure di cui ai nn. 1-4 del ricorso principale r.g. n. 1893/2013.

La ricorrente incidentale conclude quindi per la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

Alla camera di consiglio del giorno 10/1/2014 il ricorso è stato rinviato al merito, per trattazione congiunta con il ricorso r.g. n. 1893/2013.

In vista della trattazione del ricorso nel merito le parti hanno depositato ulteriori documenti e memorie difensive.

Alla pubblica udienza del giorno 27/3/2014, presenti i difensori delle parti costituite, come da verbale, i ricorsi sono discussi oralmente e trattenuti in decisione.

In ragione delle peculiarità e complessità della vicenda, anche in punto di rito, si è reso necessario trattare nuovamente i ricorsi alla camera di consiglio del giorno 15/5/2014.

DIRITTO

1. Secondo quanto sopra rappresentato, la complessa controversia in esame (di rilievo comunitario e di elevato importo a base d'asta) ha ad oggetto la gara per l'affidamento, per la durata di anni 2, con facoltà di rinnovo per altri 2 anni, dell'appalto dei servizi di sicurezza, controllo passeggeri, bagagli a mano, bagagli da stiva e merci, nonché dei servizi di controllo di sicurezza del personale di staff e dei mezzi (varco di servizio e varco carraio), da effettuarsi negli aeroporti di Lampedusa (lotto n. 1) e Pantelleria (lotto n. 2).

Alla gara hanno partecipato e si sono collocati rispettivamente al primo, secondo e terzo posto nella graduatoria: Sicurgem (che ha designato come esecutore Metronotte), La Sicurezza, e KSM, esecutore in proroga del servizio precedentemente affidato.

Nel ricorso r.g. 1893/2013, KSM aspira principalmente al 'bene della vita' dell'aggiudicazione, prospettando che entrambi i concorrenti La Sicurezza e Sicurgem avrebbero dovuto essere esclusi e La Sicurezza propone ricorso incidentale per ottenere la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale.

Nel ricorso r.g. 2844/2013, La Sicurezza aspira parimenti, in via principale, all'utilitas data dall'aggiudicazione, prospettando che Sicurgem avrebbe dovuto essere escluso; KSM, citato in giudizio da La Sicurezza, propone comunque ricorso incidentale per ottenere la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale (in realtà volto solo ad ottenere l'esclusione di Sicurgem, non contenendo domande espresse contro KSM).

In entrambi i ricorsi Sicurgem, che aspira a conservare l'aggiudicazione, stipulare il contratto e prestare il servizio, assume solo la posizione di parte resistente, non avendo proposto ricorso incidentale per ottenere l'esclusione delle altre due partecipanti.

L'evidente connessione oggettiva e soggettiva dei due gravami, ne giustifica pertanto la loro riunione ai sensi dell'art. 70 c.p.a.

2. Ciò posto, rileva pregiudizialmente il Collegio che la complessità dei ricorsi anche con riferimento al numero dei motivi e al peculiare intreccio delle posizioni processuali, ha evidentemente impedito la celere definizione della controversia, il che di regola dovrebbe peraltro avvenire con la pubblicazione del dispositivo e la successiva pubblicazione di una sentenza in forma semplificata (v. art. 120, c. 9 e c. 10, c.p.a., che rinvia all'art. 74 c.p.a.).

Ciò dipende anche dalla palese violazione del principio di sinteticità degli atti processuali (v. artt. 3, c. 2 e 120, c. 10, c.p.a., che codificano un principio, senza peraltro prevedere esplicitamente una sanzione per la sua violazione ai sensi dell'art. 26, c. 2, c.p.a.).

Detto principio, in un'ottica di efficace collaborazione tra le parti e il giudice, costituisce elemento pregiudiziale rispetto alla definizione della controversia secondo il modello accelerato voluto dal legislatore e trasposto nell'art. 120 c.p.a.

In sostanza, ad avviso del Collegio, solo nella misura in cui le parti offrano al giudice atti defensionali chiari e sintetici è possibile che il giudice renda un celere servizio di giustizia con la tempestiva pubblicazione del dispositivo e il deposito di una sentenza chiara e sintetica (e possibilmente anche semplificata).

In mancanza del rispetto, a monte, del fondamentale principio di sinteticità degli atti di parte, il giudice, per assicurare, a valle, il rispetto del principio di sinteticità della sentenza, dovrà necessariamente circoscrivere la materia del contendere ai soli punti controversi (anche alla luce delle indicazioni già fornite in sede cautelare e all'esito dell'attività istruttoria eventualmente disposta); dovrà poi fare contemporanea applicazione dei principi dell'acquiescenza e dell'assorbimento dei motivi non esaminati (secondo il disposto di cui all'art. 39, c. 1, c.p.a., che rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali).

In ossequio ai principi di speditezza che necessariamente connotano il rito in materia di appalti, specie quanto si tratta dei provvedimenti di esclusione dalla gara e anche di ammissione (il quali, de iure condendo, sarebbe opportuno fossero assoggettati allo stesso onere di immediata impugnazione a pena

di decadenza, così da evitare successivi travolgimenti dell'aggiudicazione) va peraltro riconosciuta la piena legittimità della redazione della motivazione della sentenza per relationem, attraverso il richiamo delle contrarie argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice riterrà quindi di fare proprie.

3. Fatta questa pregiudiziale premessa di ordine metodologico, il Collegio rileva che, quanto all'individuazione (rectius necessaria limitazione), della reale materia del contendere e, quanto all'ordine cronologico della trattazione, delle diverse questioni controverse, occorre preliminarmente affrontare l'argomento relativo ai rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale.

Detto argomento assume nel caso di specie aspetti peculiari tenuto conto, come già detto, del fatto che:

- le posizioni processuali di KSM e de La Sicurezza sono al contempo (sia pure a parti invertite nei 2 ricorsi trattati) entrambe di ricorrente principale e incidentale;
- al contrario, Sicurgem, aggiudicatario della gara, in entrambi i ricorsi è solo parte resistente, non avendo evidentemente ritenuto fondati e quindi parimenti deducibili, nessuno dei motivi di ricorso incidentale prospettati da La Sicurezza contro KSM nel ricorso r.g. n. 1893/2013 e da KSM contro La Sicurezza tanto nel ricorso r.g. n. 1893/2013, che nel ricorso r.g. n. 2844/2013.

Sul punto il Collegio osserva che costituisce ius receptum l'evoluzione del diritto vivente comunitario e nazionale, anche di questo T.a.r. (v.: decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10 novembre 2008, n. 11; sentenza T.a.r. Sicilia, sez. III, 15 febbraio 2011, n. 274; sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4; sentenza T.a.r. Sicilia, sez. III, 17 giugno 2011, n. 1104; sentenza T.a.r. Sicilia, sez. I, 14 febbraio 2013, n. 351; Corte di giustizia, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb e, infine, sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, secondo la quale: “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso

ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.”).

I principi espressi nelle pronunce citate meritano però di essere adattati al caso di specie offrendosi una interpretazione evolutiva della stessa sentenza della Corte di giustizia, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb e dell'A.P. n. 9/2014 (alla luce degli arresti giurisprudenziali di questo T.a.r., sopra richiamati).

Orbene, premesso che nel caso di specie la giurisdizione, in assenza di stipula del contratto (per come dichiarato dai difensori delle parti presenti in aula), è, ovviamente, solo generale di legittimità ed esclusiva (v. artt. 7 e 133 c.p.a.), rileva il Collegio che di fronte a 3 concorrenti che prospettano tutti di essere potenzialmente legittimi aggiudicatari e dicono di aspirare in via principale al bene della vita dell'aggiudicazione (essendo peraltro il terzo anche l'attuale esecutore del servizio e sussistendo sempre e comunque un interesse qualificato per una collocazione sia in prima che in seconda posizione in graduatoria), la questione del rapporto tra ricorso principale ed incidentale, può essere affrontata e risolta condividendosi l'obiter dictum contenuto nella sentenza della Cass., s.u. 21 giugno 2012 n. 10294 secondo cui “l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/123 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato”).

Pertanto, salvo che ci siano profili di irritalità nella notifica o nel deposito dei gravami o nell'instaurazione del contraddittorio rispetto ai legittimi controinteressati (il che nel caso di specie non è), spetta al Collegio (in disparte la circostanza che il singolo motivo che risulti fondato, sia contenuto in un ricorso denominato principale o incidentale) indicare alla stazione appaltante se l'impugnato provvedimento di ammissione, nei limiti dei vizi dedotti dalle parti, o rilevabili d'ufficio dal giudice, sia legittimo o meno.

In sostanza ad avviso del Collegio, pur dovendo necessariamente rispettarsi, da un lato, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (salvo i vizi di nullità), e pur dovendo senz'altro prendersi atto dell'assenza nell'attuale sistema ordinamentale della figura del pubblico ministero amministrativo, il sommo dovere del giudice amministrativo (di primo e secondo grado) è quello di esercitare la funzione giurisdizionale per come effettivamente configurata e voluta dal legislatore costituzionale (v. l'art. 103 Cost. e la sentenza della Corte Cost. n. 204/2004, che qualifica la specialità della giurisdizione del giudice amministrativo, il cui particolare bagaglio formativo e professionale gli consente di essere "giudice ordinario per la tutela, nei confronti della Pubblica Amministrazione, delle situazioni soggettive" di interesse legittimo e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi – v. risarcimento del danno).

Spetta in conclusione a questo Collegio, al fine di evitare possibili distorsioni della concorrenza e del mercato, indicare gli eventuali profili di illegittimità nell'azione amministrativa della commissione, prima, e della stazione appaltante, poi, le quali hanno ammesso tutte e tre i concorrenti in gara ritenendo evidentemente legittima la loro ammissione.

Detto ciò, e ritenuto quindi superato il facile rilievo secondo cui il ricorso incidentale proposto da KSM nel ricorso r.g. n. 2844/2013 potrebbe ritenersi inammissibile non avendo La Sicurezza in realtà spiegato nessuna domanda volta ad ottenere l'esclusione di KSM e quindi non essendoci un ricorso cui resistere in via incidentale (e ciò in ragione della circostanza che nel ricorso r.g. n. 2844/2013 la materia del contendere è ovviamente incentrata sul contrasto fra il primo e il secondo classificato per ottenere l'aggiudicazione), il Collegio ritiene che l'esercizio del proprio sindacato (retto dai soprarichiamati principi normativi di rango costituzionali e di legge ordinaria) consista nel valutare se sia legittimo o meno l'operato della commissione, prima (v. verbali e aggiudicazione provvisoria) e della stazione appaltante, poi (v. aggiudicazione definitiva), le quali hanno concordemente ammesso i tre concorrenti alla gara di cui trattasi.

4. Ciò premesso in punto di rito, può quindi passarsi al vaglio dei 3 provvedimenti di ammissione alla gara di cui trattasi.

4.1. Quanto all'ammissione di KSM, la materia del contendere è contenuta nel ricorso incidentale proposto da La Sicurezza nel giudizio recante r.g. n. 1893/2013 (con censure non riproposte, come si è già detto, nel ricorso principale r.g. n. 2844/2013).

Orbene, il Collegio ritiene che il concorrente KSM sia stato legittimamente ammesso.

Invero, rinviandosi per il resto alle condivisibili argomentazioni svolte dai difensori di KSM per resistere al ricorso incidentale, ritiene il Collegio che l'unica questione effettivamente controversa (tenuto conto anche di quanto indicato nell'ordinanza n. 674/2013 e di quanto emerso all'esito dell'istruttoria) era quella relativa al secondo motivo del ricorso incidentale proposto da La Sicurezza (Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1, lett. b) del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 d.p.r. n. 445/2000 – Eccesso di potere per erroneità nei presupposti – Difetto di istruttoria – Contraddittorietà manifesta) secondo cui la dichiarazione sostitutiva del direttore tecnico aeroportuale, Bernardo Mangiameli, sarebbe stata prodotta senza la copia di un valido documento di identità.

Orbene, in disparte le questioni relative ai limiti del c.d. soccorso istruttorio, la censura sollevata è risultata infondata in punto di fatto all'esito dell'istruttoria (v. nota Enac prodotta dall'Avvocatura erariale in data 20/2/2014), né alcuna contestazione è stata successivamente formulata dalle altre parti (v. al contrario, la memoria de La Sicurezza depositata in vista della trattazione del ricorso nel merito).

Segue a ciò che KSM è stata legittimamente ammessa alla gara di cui trattasi.

4.2. Quanto all'ammissione de La Sicurezza (v. ricorso introduttivo r.g. 1893/2013 e ricorso incidentale proposti da KSM nel ricorso r.g. n. 2844/2013), sono da ritenersi superati, re melius perpensa, i dubbi posti nell'ordinanza cautelare, in ordine alla mancanza dei requisiti di capacità tecnica, tenuto conto dei condivisibili rilievi contenuti anche nella nota Enac depositata in atti in data 20/2/2014, a seguito

dell'istruttoria, per cui la capacità tecnica va effettivamente riferita genericamente al settore oggetto della gara (n. 23 dell'All. IIB).

Rinviando anche qui, per il resto, alle condivisibili difese de La Sicurezza, resta da vagliarsi la quarta censura (carenza di istruttoria e motivazione) relativa al fatto che La Sicurezza è stata ammessa alla gara nonostante il sig. Giuseppe Sberna, amministratore della soc., avesse dichiarato che nei propri confronti era stato emesso decreto penale di condanna per violazione dell'art. 17 TULPS in relazione all'art. 134 dello stesso (i.e. servizio di vigilanza svolto in assenza di autorizzazione prefettizia).

Ritiene il Collegio che detta censura sia fondata, atteso che la stessa stazione appaltante ha ammesso che nulla è stato verbalizzato sul punto dalla Commissione (v. nota Enac depositata il 20/2/2014).

Invero, l'art. 38 (da leggersi, per quanto attiene al caso di specie, nel combinato disposto di cui al c. 1, lett. c) e c. 2) del d.lgs. n. 163 del 2006, va interpretato nel senso che esso impone al contempo: agli operatori economici partecipanti alla gara di dichiarare l'esistenza di sentenze o decreti penali di condanna e alla stazione appaltante di "rendere una adeguata motivazione non solo nel caso di esclusione dalla gara ma anche nel caso di ammissione alla gara stessa, al fine di indicare le ragioni per la quali la stessa ha ritenuto che i fatti di reato menzionati nella dichiarazione non incidono sulla moralità professionale"; invero, "la garanzia indivisibile della motivazione [sussiste - N.d.R.] nei confronti non soltanto del destinatario dell'atto, ma anche degli altri concorrenti, portatori di interessi ad esso contrapposti". Pertanto, "la stazione appaltante non può, mediante un mero comportamento silenzioso, ritenere ininfluenza un fatto di reato [perché così - N.d.R.] si rischia di compromettere le forme di tutela dell'operatore economico leso. Né si potrebbe ritenere che il giudice amministrativo possa effettuare "direttamente" il controllo senza con ciò porre in essere, in violazione del principio di separazione dei poteri, una valutazione che "in prima battuta" spetta alla stazione appaltante." (v. ordinanza del Cons. di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4173).

Nel caso di specie, peraltro, la condanna (v. decreto n. 799/2007 del g.i.p. del Tribunale di Messina) consegue ad un fatto che ha un rilievo specifico rispetto all'oggetto della gara, trattandosi della

violazione dell'art. 17 TULPS in relazione all'art. 134 dello stesso, cioè di servizio di vigilanza svolto in assenza di autorizzazione prefettizia.

Il vaglio da parte della commissione avrebbe pertanto dovuto essere effettuato al momento in cui il concorrente è stato ammesso alla gara, non potendo procrastinarsi all'esito dell'eventuale aggiudicazione.

La circostanza dedotta in atti dalla difesa de La Sicurezza, secondo cui ai sensi dell'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, secondo periodo, non sussisteva l'obbligo della dichiarazione poiché tutti gli effetti propri della riabilitazione si erano già verificati in concreto alla data di emissione del decreto di condanna (come asseritamente accertato dal Tribunale di sorveglianza presso la Corte d'appello di Catania, con decreto n. 2012/444 del 21/7/2012), prova troppo.

Non solo non risulta in atti che il concorrente abbia mai reso edotta la commissione dell'esistenza del decreto della Corte d'appello di Catania del 2012, ma ad avviso del Collegio, delle due l'una: o il concorrente non dichiarava per nulla la sussistenza della condanna di cui trattasi, essendo convinto della non necessità di tale dichiarazione alla luce della documentazione in proprio possesso (lasciando poi alla commissione e alla stazione appaltante la verifica della correttezza o meno della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, c. 2, primo periodo, d.lgs. n. 163/2006), oppure, una volta che il concorrente si è determinato nel senso della necessità della dichiarazione, non può che spettare al vaglio discrezionale della sola commissione prima e della stazione appaltante poi, decidere, motivatamente, se la condanna abbia o meno un rilievo nella procedura di gara di cui trattasi.

Né, come si è detto prima, il giudice può sostituirsi ora per allora al vaglio della commissione (v. art. 34, c. 2, c.p.a.).

In conclusione, ad avviso del Collegio se è pur vero che la ratio dell'art. 38, c. 1, lett. c) e c. 2, d.lgs. n. 163/2006 è quella di consentire una semplificazione della fase di verifica dei requisiti, anche di moralità professionale, non si ritiene che le "spinte sostanzialistiche" - pur dettate dal condivisibile intento di accelerare al massimo le procedure di gara - possano giungere al punto di svuotare il necessario

sindacato della commissione e della stazione appaltante, al quale il giudice non può e non deve sostituirsi.

Segue da ciò l'illegittimità, sia pur nei limiti indicati, del provvedimento di ammissione de La Sicurezza alla gara di cui trattasi.

4.3. Quanto all'ammissione di Sicurgem.

4.3.1. Con il primo motivo, tanto del ricorso r.g. n. 1893/2013, proposto da KSM, che del ricorso r.g. n. 2844/2013, proposto da La Sicurezza, si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 96 e 97 Cost., degli artt. 86, c. 3 bis e 87, c. 4, d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 26, c. 6, d.lgs. n. 81/2008, dell'art. 46, c. 1 bis, d.lgs. n. 163/2006 e delle prescrizioni del bando e del disciplinare.

Si sostiene che il concorrente Sicurgem (risultato poi aggiudicatario) sarebbe stato illegittimamente ammesso nonostante l'offerta non rechi l'indicazione espressa dell'importo degli oneri aziendali per la sicurezza da rischio specifico (o aziendali) – diversi da quelli da interferenza considerati dalla stazione appaltante nel Duvri; si afferma che tale indicazione costituisce elemento essenziale dell'offerta, perché le norme citate sono poste a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità e alle caratteristiche del lavoro stesso; ne consegue che non è ammesso il potere-dovere di soccorso della commissione di gara.

La circostanza in punto di fatto è incontrovertibile tra le parti.

La difesa del Consorzio (al pari di quella erariale) sostiene che:

- la gara di cui trattasi non soggiace alle disposizioni di cui agli artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006, perché rientra nell' "All. II B";
- il disciplinare di gara al punto e) onerava i concorrenti a rendere la dichiarazione attestante di avere tenuto conto nel predisporre l'offerta degli obblighi relativi alle norme in materia di sicurezza sul lavoro, valutando i costi dei rischi specifici della propria attività;
- i costi relativi alla sicurezza da rischio specifico o aziendale risultano già stimati e ricompresi nel costo complessivo del lavoro riportato nel CCNL in ossequio al d.m. 8/7/2009;

- comunque dall'omessa indicazione non può conseguire la sanzione dell'esclusione, ma solo la valutazione della congruità o meno dell'offerta, valutazione nel caso di specie positivamente superata dal concorrente.

Ritiene il Collegio di dover rigettare la censura che, in astratto, è oltremodo fondata, ma, in concreto, non lo è solo per effetto di una peculiarità contenuta nella *lex specialis*.

Contrariamente a quanto prospettato dalla difesa di Sicurgem, e per come argomentato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 1 agosto 2011, n. 16, con specifico riferimento ad un appalto relativo proprio ai servizi di sicurezza, gli appalti di servizi dell'allegato II B vengono esentati dal diritto comunitario dall'applicazione vincolante di alcune norme, solo per lasciare maggiore libertà ai legislatori nazionali.

Ciò non significa però che la stazione appaltante non possa, autovincolandosi, imporre l'applicazione di norme diverse da quelle espressamente citate nell'art. 20 d. lgs. n. 163/2006, soprattutto quando tali norme sono espressione di principi di carattere generale.

Fra tali principi vi è, ovviamente, quello sotteso agli artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006, che consiste nell'indicare gli oneri di sicurezza specifici al fine di garantire la serietà dell'offerta, essendo in gioco fondamentali interessi dei lavoratori, quale appunto è quello della sicurezza.

Nel caso di specie non vi è dubbio alcuno sul fatto che la *lex specialis* richiami espressamente le norme citate.

Pertanto, secondo l'orientamento già espresso da questo T.a.r. che qui si intende ribadire in linea generale (v. sentenze sez. III 10 maggio 2012, n. 934 e sez. I 17 gennaio 2013, n. 124):

- se è pur vero che dalla direttiva 2004/18/CE «non discende l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare ... anche agli appalti aventi ad oggetto i servizi menzionati all'allegato II B della direttiva medesima [tutte le altre norme – n.d.r.]. Tuttavia, tale direttiva non impedisce che gli Stati membri e, eventualmente, le amministrazioni aggiudicatrici prevedano tale applicazione, rispettivamente, nella loro

normativa e nei documenti relativi all'appalto» (C.G.U.E., 17 marzo 2011, causa C-95/10, Strong Segurança SA);

- “la mancata indicazione preventiva dei costi per la sicurezza rende l’offerta incompleta sotto un profilo particolarmente pregnante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo alla p.a. un adeguato controllo sulla affidabilità della stessa: detto altrimenti, l’offerta economica manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell’esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione in seno alla *lex specialis*”.

A rigore quindi, ad avviso del Collegio, si dovrebbe concludere nel senso che Sicurgem avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa dalla gara senza poter spostare la questione a valle sulla valutazione della congruità o meno dell’offerta (v. in tal senso *amplius*, Cons. di Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348), nel caso di specie aprioristicamente ritenuta congrua (v. verbale n. 7 del 3/6/2013).

La peculiarità del caso di specie, però, è data dalla circostanza che solo ad una attenta lettura del disciplinare (v. pag. 8: art. 7.3, c. 1, e pag. 14, contenente il modello dell’offerta economica) ci si può avvedere del fatto che è stata la stessa stazione appaltante ad aver creato confusione, da un lato, richiamando gli artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006 e, dall’altro lato, imponendo, al contempo, l’utilizzo di un predeterminato schema di offerta economica, che contiene solo gli spazi bianchi per poter indicare il ribasso unico percentuale in cifre e in lettere, senza che vi sia alcuno spazio ad hoc per poter indicare gli oneri di sicurezza aziendale.

Orbene, sul punto la difesa erariale coglie quindi nel segno nel momento in cui - oltre a svolgere le difese sopra indicate comuni a Sicurgem (e non condivise dal Collegio), afferma anche che “appare irrazionale escludere un concorrente che ha fedelmente rispettato le modalità di predisposizione dell’offerta stabilite nella *lex specialis*”.

Ritiene, pertanto, Collegio, sotto tale limitatissimo profilo, che in ossequio al necessario rispetto del principio dell’affidamento (peraltro non invocato dal controinteressato, ma comunque dedotto in giudizio dalla difesa erariale), possa ritenersi applicabile il dovere di soccorso istruttorio della

Commissione che avrebbe dovuto concedere un termine per l'indicazione degli oneri di sicurezza (rispetto ai quali l'invocato d.m. 8/7/2009 contiene solo il limite minimo) e, solo dopo, decidere se procedere al vaglio della congruità dell'offerta (con riferimento al principio dell'affidamento creato dai modelli allegati alla lex specialis, v. C.g.a., 20 dicembre 2010, n. 1515).

Invero, citando la sentenza di questa sez., n. 124/2013, “detta ulteriore fase di valutazione presuppone, in ogni caso, che l'offerta economica sia stata formulata con tutti i suoi elementi essenziali, uno dei quali è, per espressa ed inequivoca formulazione normativa, l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza” non effettuata da Sicurgem.

Segue da ciò l'infondatezza, sia pur solo nel caso di specie, della censura dedotta da KSM e La Sicurezza con argomenti che, in linea generale e fuori dal contingente episodio, sarebbero assolutamente condivisibili.

4.3.2. Con il quarto motivo del ricorso r.g. n. 1893/2013, proposto da KSM, e il terzo motivo del ricorso r.g. n. 2844/2013 proposto da La Sicurezza, si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 88 d.p.r. n. 207/2010, dell'art. 3 l. n. 241/1990, il difetto di istruttoria e motivazione e la violazione del principio di buona amministrazione di cui all'art. 96 Cost., atteso che Sicurgem era privo dei requisiti di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando (aver prestato, nel triennio 2010-2011-2012, almeno un servizio di vigilanza e sicurezza reso ad un unico committente di importo annuale non inferiore a 2 milioni di euro, iva esclusa, in caso di partecipazione ad entrambi i lotti).

Metronotte (indicato quale esecutore del servizio) ha quindi fatto ricorso all'avvalimento operativo nei confronti degli Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. (di seguito I.V.R.I.), ma né nelle dichiarazioni dell'ausiliario, né in quelle dell'ausiliato, né nel contratto di avvalimento sono stati indicati in modo specifico le risorse e i mezzi necessari messi a disposizione per la realizzazione dell'appalto.

Sostiene al contrario la difesa di Sicurgem che il contratto di avvalimento, lungi dal creare un generico impegno a mettere a disposizione indistinte e imprecisate risorse di cui necessiterebbe la concorrente,

indica specificamente i requisiti di capacità tecnica non posseduti da Metronotte (aver prestato, nel triennio 2010-2011-2012, almeno un servizio di vigilanza e sicurezza reso ad un unico committente di importo annuale non inferiore a 2 milioni di euro, iva esclusa) e il correlato impegno assunto dall'ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i predetti requisiti.

Osserva al contrario il Collegio che è evidente la fondatezza della censura e l'inconferenza delle difese di Sicurgem.

Secondo la prospettazione di Sicurgem, la circostanza che la documentazione relativa all'avvalimento (e in particolare il contratto di avvalimento) individui specificatamente i requisiti di capacità tecnica messi richiesti dal bando e non posseduti da Metronotte e contenga l'espreso impegno di I.V.R.I., n.q. di impresa ausiliaria, "a mettere a disposizione tutte le proprie risorse, menzionate nei punti precedenti, occorrenti per l'effettiva regolare e esecuzione dei servizi nel caso di successiva aggiudicazione della gara" sarebbe sufficiente ad integrare i requisiti delle dichiarazioni richieste dall'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 88 d.p.r. 207/2010.

Rileva al contrario il Collegio che questa prospettazione difensiva è viziata dall'erroneo presupposto che il concetto di "risorse" coincida con quello del "requisito di capacità tecnica" di cui il concorrente è sprovvisto e per il quale ricorre all'avvalimento.

Le norme alle quali fare riferimento sono:

a) l'art. 49, c. 1-2, lett. d-f), d.lgs. n. 163/2006 che recita: "Il concorrente... in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; .. f) in originale o copia autentica il contratto in virtù

del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”;

b) l'art. 88 d.p.r. n. 207/2010, che recita: “Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.”.

Pertanto, ad avviso del Collegio, alla luce dell'inequivocabile dato normativo, poiché la ratio dell'istituto dell'avvalimento è di consentire, attraverso l'acquisizione di specifiche capacità proprie di altre imprese, l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici di nuove imprese prive di determinati requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa, è ovvio che per evitare che l'istituto determini il formarsi di una sorta di “scatola vuota”, diventa imprescindibile la puntuale individuazione del suo oggetto.

Tale non può essere, ovviamente, la mera indicazione del requisito di capacità mancante, perché si tratterebbe di una tautologia, essendo necessaria la specifica indicazione delle risorse (personali, imprenditoriali, di organizzazione, etc.) e dei mezzi (tecnici) che vengono messi a disposizione dall'ausiliario al concorrente, così da consentirgli di acquisire anche, nel tempo, il know how di cui era originariamente sprovvisto, per poter poi autonomamente partecipare a nuove gare nel settore di cui trattasi.

Secondo il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, che il collegio non può non condividere, tale conclusione “oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio)” (v. Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365).

In questa prospettiva “la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (o espressioni simili) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti” (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386). La sufficiente determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento è, peraltro, funzionale alle esigenze di certezza dell'Amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario (v. Cons. St., sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058, che richiama Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294, avente addirittura ad oggetto il mero avvalimento di garanzia).

Ne consegue l'inconferenza delle difese svolte da Sicurgem e la fondatezza delle censure svolte da KSM e La Sicurezza.

Non può, peraltro il Collegio esimersi dal rilevare anche l'esistenza di una nota del Presidente della Commissione di gara (non fatta propria dalla difesa erariale) il quale in 28/2/2014 afferma che sono “già presenti sull'aeroporto le risorse tecnologiche di proprietà dell'ENAC, mentre il personale dell'aggiudicatario dovrà comunque essere poi oggetto di certificazione ex novo da parte dell'ENAC medesimo, salvo che, clausola rilevante, il personale dell'impresa “uscente” non accetti di transitare con il nuovo aggiudicatario” e conclude nel senso che la capacità tecnica messa a disposizione da I.V.R.I. assume una “valenza preminentemente esperienziale”, di talché non vi sarebbero carenze di sorta nella documentazione prodotta da Sicurgem.

La nota assume le sembianze di una difesa postuma (peraltro non fatta propria dalla difesa erariale), Rileva poi il Collegio che essa conferma comunque la fondatezza della censura dedotta da KSM e La Sicurezza: anche ad ammettere, come non si ammette, che abbia un qualsiasi senso affermare la sola esigenza di conferire un requisito di capacità tecnica connotabile come di mera “valenza

preminentemente esperienziale”, non vi è comunque nei documenti dell’avvalimento nemmeno l’indicazione di un solo elemento anche personale - ad es. una specifica figura professionale - messo chiaramente a disposizione da I.V.R.I. a Metronotte per conferire detta esperienza.

Segue da ciò l’evidente fondatezza della censura dedotta.

4.3.3. Con il quinto motivo del ricorso r.g. n. 1893/2013, proposto da KSM e con il secondo motivo del ricorso r.g. n. 2844/2013, proposto da La Sicurezza si lamenta la violazione e falsa applicazione dell’art. 96 Cost., dell’art. 49 d.lgs. n. 163/2006 e dell’art. 88 d.p.r. n. 207/2010, del punto III.2.3 dell’avviso di gara, oltre che il difetto di istruttoria e motivazione, atteso che Metronotte, consorziato di Sicurgem, ed indicata quale esecutore del servizio, come si è detto, è ricorsa all’istituto dell’avvalimento, dichiarando di avvalersi di I.V.R.I., per dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica relativa ai principali servizi resi nel triennio 2010-2011-2012, nel settore oggetto di gara.

In data 26/6/2012, tuttavia, Aeroporti di Puglia ha provveduto a risolvere il contratto stipulato con I.V.R.I. e ad annullare in autotutela la precedente aggiudicazione, stante la presenza di gravi inadempimenti nello svolgimento del rapporto contrattuale avente ad oggetto il controllo di sicurezza dei passeggeri e dei bagagli a mano e da stiva in partenza e in transito presso l’Aeroporto di Brindisi.

Ciò è avvenuto anche in ragione dell’arresto di otto guardie giurate particolare dipendenti di I.V.R.I. in relazione a episodi di furto di beni sottratti dai bagagli dei passeggeri (v. sentenza T.a.r. Puglia-Bari, sez. I, 3 maggio 2013, n. 685).

Manca peraltro in atti una attestazione in ordine alla regolarità del servizio reso nel triennio 2010, 2011 e 2012.

Ne consegue che Sicurgem, e per esso Metronotte, era privo dei requisiti di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando (aver prestato, nel triennio 2010-2011-2012, almeno un servizio di vigilanza e sicurezza reso ad un unico committente di importo annuale non inferiore a 2 milioni di euro, iva esclusa, in caso di partecipazione ad entrambi i lotti).

Sostiene al contrario la difesa di Sicurgem che I.V.R.I. ha dichiarato il fatto accaduto (di cui contesta l'idoneità a pregiudicare il rapporto fiduciario con la stazione appaltante pugliese) in tal modo consentendo a Enac di effettuare la dovuta valutazione circa la presunta gravità o meno dell'inadempimento.

Assume che l'ammissione alla gara consegue, evidentemente, alla preventiva valutazione dell'irrelevanza del fatto da parte della stazione appaltante ed alla riconosciuta inidoneità dello stesso fatto ad incidere sul possesso del requisito di ammissione in capo all'ausiliaria, comunque sussistente a prescindere da quanto accaduto nei rapporti con Aeroporti di Puglia.

Rileva il Collegio che non risulta prodotta in atti parte della documentazione invocata dalla controinteressata per comprovare la sussistenza del requisito di capacità in parola (produzione che sarebbe stato ovviamente interesse principalmente di Sicurgem effettuare), né è dato conoscere quali documenti siano stati successivamente presentati da Sicurgem/Metronotte/I.V.R.I. anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, al fine di comprovare il possesso di quel requisito.

Ritiene comunque il Collegio che, per decidere la questione, debba farsi applicazione dei medesimi principi indicati con riferimento al sindacato negativo espresso sul provvedimento di ammissione de La Sicurezza.

Rileva anche in questo caso la specificità dei fatti posti a fondamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e di risoluzione del contratto stipulato da I.V.R.I. per la gestione del servizio di sicurezza dell'Aeroporto di Brindisi (che sono stati ritenuti all'uopo rilevanti dalla sentenza del T.a.r. Bari n. 685/2013, stante la responsabilità specifica del datore di lavoro per colpa in eligendo in relazione ai fatti posti in essere dai propri dipendenti).

Per quanto attiene alla sentenza del T.a.r. Bari n. 685/2013, osserva il Collegio che essa è stata appellata, ma non risulta essere stata sospesa dal Consiglio di Stato (secondo quanto si desume dai dati telematici relativi al ricorso r.g. n. 5417/2013).

Orbene, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 42, cc. 1 e 2, 38, c. 1, lett. f) e c. 2, nonché 48, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, spettava alla commissione prima e alla stazione appaltante poi, fornire una adeguata giustificazione sulla ritenuta irrilevanza dei fatti di cui alla sentenza del T.a.r. Puglia- Bari, sez. n. 685/2013 e sulla idoneità della documentazione effettivamente prodotta per comprovare la sussistenza del dichiarato requisito di capacità tecnica.

La Commissione, prima, e la stazione appaltante, poi, avrebbero dovuto dunque dire (e motivare) o che ritenevano insussistente alcun errore grave nell'esercizio della specifica attività professionale di I.V.R.I. (ovviamente rilevante anche nei rapporti con Enac ai sensi dell'art. 38, c. 1, lett. f), seconda parte), ovvero che ritenevano irrilevante il servizio prestato per Aeroporti di Puglia, essendoci comunque aliunde la prova della sussistenza del requisito di capacità tecnica di cui trattasi.

Nulla di tutto ciò risulta né dai verbali, né dal provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Segue da ciò la fondatezza della censura dedotta.

Ritiene il Collegio di poter assorbire gli ulteriori profili di censura del provvedimento di ammissione di Sicurgem, non esaminati.

In conclusione:

- il ricorso incidentale proposto da La Sicurezza nei confronti di KSM nell'ambito del giudizio recante r.g. n. 1893/2013, va rigettato;
- il ricorso principale r.g. n. 1893/2013, proposto da KSM nei confronti di Sicurgem e La Sicurezza; il ricorso principale e i motivi aggiunti r.g. n. 2844/2013, proposti da La Sicurezza nei confronti di Sicurgem e il ricorso incidentale proposto da KSM nei confronti de La Sicurezza nell'ambito del giudizio r.g. n. 2844/2013, vanno accolti nei limiti e nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, vanno annullati i verbali di gara e il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, nella parte in cui sono stati ammessi alla gara i concorrenti La Sicurezza e Sicurgem;

- le spese, da liquidarsi in dispositivo, seguono, la soccombenza e tenuto conto del valore della controversia, della peculiarità delle posizioni processuali, dell'effettiva entità delle censure accolte e della violazione del principio di sinteticità, e vanno liquidate:

- 1) in favore di KSM e poste in solido a carico di Sicurgem/Metronotte e Enac;
- 2) in favore de La Sicurezza e poste in solido a carico di Sicurgem/Metronotte e Enac;
- 3) compensate tra KSM e La Sicurezza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando, sui ricorsi riuniti r.g. n. 1893/2013 e 2844/2013, come in epigrafe proposti:

- 1) rigetta il ricorso incidentale proposto dall'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l. nei confronti di KSM s.p.a. nell'ambito del giudizio r.g. n. 1893/2013;
- 2) accoglie nei limiti e nei sensi di cui in motivazione:
 - a) il ricorso principale r.g. n. 1893/2013, proposto da KSM s.p.a. nei confronti del Consorzio Sicurgem (e di Metronotte d'Italia s.r.l.) e nei confronti dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l.;
 - b) il ricorso principale e i motivi aggiunti r.g. n. 2844/2013, proposti dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l. nei confronti del Consorzio Sicurgem (e di Metronotte d'Italia s.r.l.);
 - c) il ricorso incidentale proposto da KSM s.p.a. nei confronti dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., nell'ambito del giudizio r.g. n. 2844/2013;

e, per l'effetto, annulla tutti i verbali di gara, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria (adottato nella seduta del 3 giugno 2013) e quello di aggiudicazione definitiva (provvedimento ENAC n. 80/DG del 22 luglio 2013 di aggiudicazione definitiva), nella parte in cui sono stati ammessi alla gara i concorrenti: Consorzio Sicurgem (che ha indicato come esecutore del servizio Metronotte d'Italia s.r.l.) e Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l.

3) condanna Enac-Ente nazionale per l'aviazione civile, Consorzio Sicurgem e Metronotte d'Italia s.r.l., in solido, al pagamento delle spese processuali in favore di KSM s.p.a., che si liquidano in complessivi € 6.000,00 (euro seimila/00), oltre oneri accessori come per legge;

4) condanna Enac-Ente nazionale per l'aviazione civile, Consorzio Sicurgem e Metronotte d'Italia s.r.l., in solido, al pagamento delle spese processuali in favore dell'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l., che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre oneri accessori come per legge;

5) compensa le spese del giudizio tra KSM s.p.a. l'Istituto di Vigilanza "La Sicurezza" s.r.l.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 27 marzo 2014 e 15 maggio 2014, con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Primo Referendario

DEPOSITATO IN SEGRETERIA L'8 LUGLIO 2014