

Consiglio di Stato sez. IV 4/6/2013 n. 3059

Richiesta Nulla Osta – Requisito speciale – Possibilità di avvalimento ex art. 49 del D.lgs. 163/06 - Ammissibilità

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6216 del 2012, proposto da:

Ips - Intelligence & Public Security S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

contro

Procura della Repubblica Presso il Tribunale di Perugia, Ministero della Giustizia, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Area Spa, rappresentato e difeso dall'avv.....;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Umbria, n. 204 del 6 giugno 2012, resa tra le parti, nella parte in cui ha respinto il ricorso in primo grado n. 558/2011 concernente la gara d'appalto per la fornitura di apparati per sistema intercettazioni telefoniche telematiche e ambientali e gps - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Procura della Repubblica Presso il Tribunale di Perugia e di Ministero della Giustizia e di Area Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati.....;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la decisione impugnata è stato respinto il ricorso diretto avverso gli atti della gara – nella quale l'odierna appellante I.P.S. s.r.l. era risultata terza graduata – che era stata esperita dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 163/2006, per "la fornitura apparati per sistema di registrazione intercettazioni telefoniche, telematiche, ambientali e GPS".

L'appello è affidato alla denuncia di tre rubriche di gravame relative all'erroneità della decisione ed alla riproposizione delle argomentazioni sostanziali dirette a contestare le conclusioni del primo giudice.

Si sono costituiti in giudizio sia l'Amministrazione che la società Area s.p.a. controinteressata che con i propri scritti difensivi hanno contestato le affermazioni di parte ricorrente e concluso per il rigetto.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

___ 1. Per ragioni di economia processuale devono essere esaminate unitariamente la prima e la seconda censura che attengono ad una questione sostanzialmente unica.

___ 1.1. Con il primo motivo l'appellante, società operante nel settore dei servizi di "intelligence" specializzata nelle intercettazioni ambientali e telematiche, lamenta l'erroneità e la contraddittorietà della sentenza con cui è stato respinta la censura relativa all'illegittimità della revoca, in autotutela, dell'esclusione e, conseguentemente della riammissione della seconda graduata Nventa S.r.l. alla gara.

Il TAR avrebbe erroneamente affermato che la revoca dell'esclusione sarebbe stata sufficientemente motivata "... mediante richiamo all'articolato parere reso dall'Avvocatura erariale (concludentesi con l'invito alla Procura della Repubblica di valutare l'opportunità di revocare la disposta esclusione), con la sottolineatura del quadro di incertezza giurisprudenziale circa l'utilizzabilità dell'avvilimento per il N.O.S., e del conseguente interesse pubblico alla riammissione in gara sia a scopo cautelativo (in pendenza di ricorso esperito dalla stessa Nventa), sia in ossequio al principio del favor participationis".

Assume per contro l'appellante che, di fronte alla palese illegittimità del provvedimento di riammissione di una concorrente esclusa perché non in possesso del richiesto N.O.S., il Tar non avrebbe apprezzato che, mancando una precisa conclusione dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, l'esclusione non avrebbe motivato sulle ragioni che la inducevano a preferire una soluzione piuttosto che un'altra suggerita dall'Avvocatura.

___ 1.2. Con il secondo motivo si contesta, sotto profilo sostanziale, l'illegittimità della revoca e dell'affermazione del TAR per cui :

-- la titolarità del N.O.S. avrebbe costituito un requisito oggettivo di ordine speciale;

-- e che come tale avrebbe "...consentito anche l'avvalimento del possesso del N.O.S., requisito soggettivo (come bene si evince dall'art. 16, comma 2, del d.P.C.M. 3 febbraio 2006) che peraltro nulla ha a che vedere con i requisiti di ordine generale o di moralità previsti dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici. In altri termini, il N.O.S. sembra piuttosto atteggiarsi alla stregua di un requisito soggettivo di capacità tecnica (arg. ex art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006), che può essere posseduto anche per relationem, nella misura in cui il suo rilascio si traduce in un procedimento di accertamento soggettivo (a seguito del quale deve essere esclusa dalla trattazione delle informazioni classificate la persona il cui comportamento nei confronti delle istituzioni democratiche non dia sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà ai valori della Costituzione repubblicana ed alle ragioni di sicurezza dello Stato, nonché ai fini della conservazione del segreto), ed il suo possesso consente all'operatore economico di eseguire contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza " e che quindi legittimamente la seconda classificata Nventa si sarebbe avvalsa del N.O.S./A.P. della B.E.A. S.r.l. in forza del contratto in data 8 settembre 2011.

Per l'appellante tali affermazioni sarebbero invece errate in quanto l'amministrazione avrebbe violato il DPCM 7 giugno 2005, ed i successivi DPCM 3 febbraio 2006, nonché la legge 3 agosto 2007 n. 124 contenente la disciplina del trattamento delle informazioni classificate e delle relative abilitazioni di sicurezza. Inoltre la legge n. 124/2007 richiederebbe una puntuale disciplina del segreto ed individuerebbe l'ufficio abilitato al rilascio delle predette abilitazioni.

Il bando di gara, in ordine le modalità di presentazione dell'offerta, richiedeva -- unitamente all'attestazione di cui all'articolo 38 del D. Lgs. n. 163/2006 -- che fosse presentata una copia autenticata o dichiarazione sostitutiva "... di certificazione del nullaosta di sicurezza (N.O.S.) previsto dall'articolo 9 della legge n. 124/2007 e dell'articolo 17 terzo comma del D. Lgs. n. 163 cit. ".

Il richiamo al predetto articolo 17 imponeva che l'appalto in questione potesse essere svolto solo da operatori economici in possesso, oltre che degli altri requisiti previsti dal codice, anche dell'abilitazione di sicurezza in considerazione della natura del servizio da svolgersi che è connotato da comprensibili delicatissimi aspetti di segretezza.

Pertanto, in aperta contraddizione con la sua stessa affermazione per cui il personale coinvolto nel servizio dovesse essere impegnato nella trattazione di informazioni classificabili come "riservatissime", del tutto apoditticamente il Tar avrebbe affermato la legittimità dell'avvalimento relativamente al N.O.S. "che peraltro non ha nulla che vedere con i requisiti di ordine generale o di moralità previsti dall'articolo 38 del codice dei contratti pubblici..."(così la decisione impugnata).

___ 1.3. Nell'ordine logico deve essere confutato prioritariamente la seconda rubrica.

Il rilievo del N.O.S. -- a prescindere dal suo livello-- negli appalti pubblici è disciplinato dal 3° comma dell'art. 17 del d.lgs. n.163/2006, per cui "I contratti di cui al comma 1, sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente codice e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007" .

In base ai principi già affermati in precedenza (Consiglio di Stato, sez. IV 21 dicembre 2012 n. 6658; (Consiglio di Stato Sezione Quinta 14 aprile 2011 n. 330) non vi sono dubbi che il possesso del nulla osta di sicurezza N.O.S. non concerna affatto un requisito "generale" di partecipazione alle gare d'appalto. La costruzione letterale e la collocazione sistematica della disposizione al di fuori dell'art. 38 del Cod. dei contratti, rendono evidente che -- come esattamente ricordato dal primo giudice -- il legislatore non ha affatto considerato il N.O.S. come facente parte della categoria dei requisiti generali di partecipazione relativi ai c.d. "requisiti morali".

Ciò posto, per ragioni di logica giuridica del tutto analoghe, non può però nemmeno ritenersi che il nulla osta di sicurezza possa essere ricondotto senz'altro ai requisiti generali di capacità tecnica di cui di cui all'art. 42 cod. Contratti.

Infatti, l'elencazione dei requisiti di capacità tecnica fatta dal legislatore nella predetta disposizione ha un carattere meramente esemplificativo (la capacità "...può essere fornita...") nel senso che la stazione appaltante può scegliere – e quindi graduare -- i requisiti tecnici necessari in connessione con la natura dei servizi da appaltare individuando le qualificazioni professionali, le risorse umane, le attrezzature tecniche che sono ritenute assolutamente necessarie per l'esecuzione del contratto tra quelle individuate.

In considerazione della specificità della previsione dell'art. 17, III co. del Codice dei Contratti, deve quindi concludersi che il NOS debba essere configurato come un "requisito speciale" di capacità tecnica, analogamente alla fattispecie di cui all'art. 43 del Codice dei Contratti relativa al possesso del sistema di Qualità.

Si tratta dunque di un requisito soggettivo speciale che è espressamente previsto come una condizione legale obbligatoria sia per la partecipazione alla gara e sia per l'effettuazione della prestazione da parte dell'appaltatore.

In quanto "requisito speciale di capacità tecnica" vi è dunque la possibilità di dimostrare la sua titolarità anche in modo indiretto, utilizzando i requisiti posseduti da altri secondo i principi generali posti dalla Corte di giustizia (a partire dalla decisione 14 aprile 1994, causa C-389/92).

Sotto il profilo sostanziale, l'abilitazione di sicurezza di cui all'art. 17 del d.lgs n.163 costituisce infatti un peculiare requisito "di natura organizzativa", la cui particolarità sta nel fatto che garantisce, nell'ambito della prestazione, il preventivo riscontro delle qualità personali, dell'integrità e delle modalità logistiche di chi esegue il contratto.

Sotto il profilo letterale, l'art. 49 del Codice dei Contratti al primo comma, nell'elencare i requisiti di capacità tecnico-finanziaria per i quali si può ricorrere all'avvalimento, menziona espressamente proprio quelli "di carattere ... organizzativo", per cui esattamente il primo giudice ha ricordato che l'art. 49 del codice dei contratti pubblici non contiene alcuno specifico divieto all'avvalimento dei predetti requisiti.

E' infatti evidente che, in caso di certificazione concernente i requisiti " di organizzazione", il contratto di avvalimento impegna l'impresa ausiliaria a fornire i fattori della produzione necessari alle strutture aziendali che debbano prestare servizi per i quali è comunque indispensabile il N.O.S. in sede di esecuzione del contratto.

L'impresa ausiliaria, in tale caso, non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma si assume anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata il personale, le proprie risorse organizzative, tecnologiche e gli altri elementi necessari ad assicurare gli indispensabili livelli di segretezza nell'esecuzione dell'appalto.

Ne consegue che se, in sede di gara, possa senz'altro ammettersi l'avvalimento ai sensi del'art. 49 Cod. Contratti relativamente al N.O.S. è dunque evidente che la riammissione della seconda classificata, indebitamente esclusa, era pienamente legittima.

Anche sotto il profilo motivazionale, il provvedimento ha sostanzialmente ripreso il suggerimento, che appariva logicamente prevalente, contenuto nel parere dell'Avvocatura.

Entrambi i motivi vanno dunque respinti.

___3. Per evidenti ragioni di economia espositiva possono essere esaminate congiuntamente anche la terza e la quarta rubrica di gravame con cui si lamenta l'erroneità della sentenza che ha rigettato le censure relative all'illegittimità delle aggiudicazioni della gara a favore di Area S.p.a. .

Per il primo Giudice l'aggiudicazione invece sarebbe stata legittima ".. in considerazione del fatto che ai contratti esclusi, tra i quali rientra quello oggetto della presente controversia, non si applica la disciplina (procedimentale) sull'anomalia dell'offerta, secondo quanto desumibile dal combinato disposto degli artt. 17 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006. "Peraltro la doglianza fa riferimento esclusivamente al prezzo di euro 2,22 concernente le sole intercettazioni telefoniche, costituente dunque una componente dell'offerta economica. E' agevole evidenziare che per le intercettazioni ambientali Area ha offerto un prezzo di euro 775, con un ribasso del solo 5%, a differenza di I.P.S. che ha invece offerto un prezzo di euro 602, pari a circa il 27%; sommando i due punteggi, la media complessiva risulta inferiore ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando, secondo quanto dimostrato dall'Avvocatura dello Stato nella memoria del 3 febbraio 2012".

___3. 1. Con il terzo motivo l'appellante assume che l'aggiudicataria avrebbe offerto, per l'intera gamma di prestazioni, un corrispettivo forfettario, pari € 2,22, notevolmente inferiore ai canoni applicati attualmente su tutto il territorio nazionale per tutte le tipologie di intercettazioni telefoniche ed ambientali.

In tale direzione sarebbe palese che l'offerta l'aggiudicataria sarebbe stata anormalmente bassa, ed avrebbe violato l'articolo 86 del D. Lgs. n. 163/2006. Pertanto l'amministrazione prima di procedere all'aggiudicazione della gara avrebbe dovuto porre in essere la verifica dell'offerta dell'AREA S.p.A, la quale sia sul piano tecnico che su quello economico, aveva riportato punteggio superiore ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi, previsti dal bando di gara.

Inoltre erroneamente il TAR avrebbe affermato che l'obbligo di verifica sarebbe scattato -- non in caso di superamento del limite di riferimento previste dall'articolo 86 del D. Lgs. n. 163 dei punteggi per il profilo economico e per quello tecnico -- ma solo con riferimento al punteggio finale risultante dalla graduatoria finale, senza tener conto del fatto che il punteggio finale, essendo costituito da una media dei valori numerici attribuite per le offerte tecniche di tutte le tipologie di intercettazioni, non comprendeva alcun punteggio massimo.

___3. 2. Con il quarto motivo si lamenta il difetto di motivazione del provvedimento della Commissione, la quale non avrebbe motivato l'assegnazione dei punteggi tecnici, e non avrebbe specificato i criteri di valutazione e le criticità rilevate. La Commissione -- per la peculiarità della procedura, per la tipologia del servizio, per la sua complessità tecnica -- avrebbe dovuto manifestare le ragioni sottese alle sue valutazioni (così come del resto affermato dalla VI° Sezione del Consiglio di Stato con la decisione n. 2331/2003) anche al fine di rendere edotto il concorrente sulle valutazioni che hanno portato alla formulazione di giudizio negativo.

___3. 3. I motivi sono inammissibili, oltre che infondati.

Come la giurisprudenza ha affermato, quando la sentenza impugnata si regge su una pluralità di motivi autonomi -- ognuno dei quali è da solo in grado di sorreggerla perché fondato su specifici presupposti logico giuridici -- i motivi sono inammissibili se l'appellante abbia omissso di censurare anche solo uno di essi (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1981; Consiglio Stato , sez. V, 30 aprile 2009 , n. 2763, Consiglio Stato, sez. IV, 02 novembre 2009, n. 6793).

Nel caso di specie infatti la società non introduce alcuna censura in grado di demolire l'assorbente e pregiudiziale richiamo fatto dal TAR all'esclusione dei contratti segreti dall'applicazione della disciplina dell'anomalia dell'offerta.

Di qui l'inammissibilità di entrambe le censure.

Ferma restando la preclusione sulla questione dell'esclusione dell'art. 86 alla fattispecie in esame, le predette rubriche appaiono e comunque vanno disattese nel merito.

L'appellante nulla specifica, in punto di fatto, per dimostrare l'asserita sussistenza dell'obbligo della verifica obbligatoria dell'offerta, e per contrastare la contraria affermazione della società appellata per cui il suo punteggio per le intercettazioni ambientali non raggiungevano comunque i 4/5. Per poter legittimamente invocare tali circostanze, il ricorrente avrebbe dovuto, per lo meno, dare contezza dell'asserito raggiungimento della soglia di obbligo legale di verifica dell'anomalia.

Anche i profili di carattere sostanziale concernenti il merito dei prezzi offerti e le motivazioni delle valutazioni tecniche appaiono parimenti generici.

A tale proposito l'appellante, nell'affermare l'anomalia del prezzo di €2,22 della Area Spa rispetto alla sua offerta di €2,80, nulla replica all'appellata, la quale a sua volta afferma che l'IPS per molte voci aveva offerto ribassi dal 45% al 27 %.

In ogni caso, l'IPS non fornisce, sul piano sintomatico, elementi tali da poter fondare il convincimento che l'offerta dell'aggiudicataria, complessivamente considerata, potesse essere in concreto realmente anomala.

Quanto poi al mancato esercizio della facoltà di procedere comunque alla valutazione discrezionale della congruità del ribasso, perché l'offerta AREA sarebbe stata comunque in sospetto di anomalia, si ricorda come la giurisprudenza ha sempre ritenuto che questa costituisca un'espressione della discrezionalità riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 20 giugno 2012 n. 3589) che perciò è sindacabile solo in presenza di macroscopica irragionevolezza che, nel caso, non si ravvisa affatto.

Né si condivide che la valutazione delle offerte tecniche dovesse essere sorretta da peculiari motivazioni, dato che come è evidente dai verbali di valutazione, legittimamente la Commissione ha fatto luogo all'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica.

Nel caso in esame infatti il numero dei parametri di valutazione (ben 13), e la chiarezza dell'individuazione delle singole sottovoci di valutazione, erano tali da delimitare nell'ambito di minimi e massimi la discrezionalità dei giudizi della commissione. Proprio l'analiticità dei predetti "item" di valutazione rende manifestamente evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico (cfr. Consiglio Stato sez. III 11 marzo 2011 n. 1583; Consiglio Stato sez. V 17 gennaio 2011 n. 222; Consiglio Stato sez. V 11 maggio 2007 n. 2355).

Essendoci stata l'applicazione di puntuali criteri predeterminati, non era quindi altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei punteggi attribuiti.

___ 4. In conclusione l'appello è infondato in tutti i suoi motivi e deve essere respinto.

Le spese, secondo le regole generali di cui all'art. 25 c.p.a. , seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

__ 1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto.

__ 2. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente giudizio che sono liquidate omnicomprensivamente in €4.000,00: di cui €2.000,00 in favore dell'Amministrazione resistente e di cui €2.000,00 in favore della controinteressata Area Spa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente FF

Andrea Migliozi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 04/06/2013.