

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

N. 204/2012 Reg. Prov. Coll.

N. 446/2011 Reg. Ric.

N. 558/2011 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 446 del 2011, proposto da:

N. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Goretti ed Alessandro Longo, presso i quali è elettivamente domiciliata in Perugia, via Martiri dei Lager, 120;

contro

Procura della Repubblica Presso il Tribunale di Perugia, Commissione per l'aggiudicazione della gara istituita presso la Procura della Repubblica, Ministero della Giustizia, in persona dei

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi ope legis dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono pure legalmente domiciliati in Perugia, via degli Uffici, 14;

nei confronti di

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

sul ricorso numero di registro generale 558 del 2011, proposto da:

I. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Mora, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Monacelli in Perugia, via Mazzini, 16;

contro

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi ope legis dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono pure legalmente domiciliati in Perugia, via degli Uffici, 14;

nei confronti di

- A. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Lo Gullo e Fabio Buchicchio, con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Buchicchio in Perugia, via XX Settembre, 76;

- N. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Goretti ed Alessandro Longo, presso i quali è elettivamente domiciliata in Perugia, via

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Martiri dei Lager, 120;

per l'annullamento

- quanto al ricorso n. 446 del 2011:

- del bando di gara del 22.08.2011, prot. ris. 43/11, con cui la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia ha indetto la procedura di gara ex art. 17 D.Lgs. 163/2006 per la fornitura di apparati per sistema intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali e GPS;

- del provvedimento di nomina della commissione di gara, prot. ris. 58/11, del 24.9.2011 (non conosciuto nel suo effettivo contenuto);

- del verbale di gara del 26.09.2011 (non conosciuto nel suo effettivo contenuto);

- dei provvedimenti eventualmente adottati per l'approvazione dei suddetti verbali (non conosciuti nel loro effettivo contenuto);

- del provvedimento del 3.10.2011, prot. 247/11 del 4.10.2011, di esclusione di N. s.r.l. dalla gara;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione (non conosciuto nel suo effettivo contenuto);

- nonché di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché non conosciuto;

- per la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

specificata, rappresentato nel caso di specie dall'obbligo per la Commissione di gara di procedere alla valutazione del punteggio tecnico da attribuire alla ricorrente, con adozione dei conseguenziali provvedimenti, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione in proprio favore;

- per la declaratoria della nullità e/o annullabilità e/o inefficacia e/o caducazione del contratto eventualmente medio tempore concluso tra l'eventuale aggiudicatario e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia per la fornitura di apparati per il sistema di registrazione intercettazioni telefoniche, telematiche, ambientali e GPS e del diritto dello stesso di ottenere l'aggiudicazione;

- e per l'eventuale condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente per l'illegittima esclusione della ricorrente dalla gara;

- quanto al ricorso n. 558 del 2011:

del verbale di gara per l'acquisizione dei servizi di noleggio a supporto delle attività di intercettazione di telecomunicazioni del 25 ottobre 2011 nell'ambito della gara a licitazione privata promossa dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, del verbale di gara del 17 novembre 2011, del verbale di gara del 22 novembre 2011, nonché della comunicazione dell'aggiudicazione di gara del 26 novembre 2011 e dell'eventuale contratto di affidamento del servizio.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimato, di A. S.p.a. e di N. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie in esame sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del c.p.a., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A) Con ricorso (iscritto sub n. 446/2011 del R.G.) la N. S.r.l., società operante nel settore dei servizi di intelligence con specializzazione nell'ambito delle intercettazioni ambientali e telematiche, ha impugnato, in via principale, il bando del 22 agosto 2011, con cui la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia ha indetto la procedura di gara informale ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006 per "la fornitura apparati per sistema di registrazione intercettazioni telefoniche, telematiche, ambientali e GPS", nonché il provvedimento disponente la propria esclusione, chiedendo altresì la pronuncia di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e comunque il risarcimento dei danni.

Premette di avere partecipato alla precedente gara, indetta dalla Procura della Repubblica con nota del 23 maggio 2011 (successivamente annullata in autotutela), ma di essere stata esclusa in quanto, sebbene ritenuta in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, l'offerta economica non era stata correttamente formulata.

La nuova procedura di gara ha ricalcato i contenuti della precedente; il bando di gara non specifica quali siano i requisiti (generalì, organizzativi o di qualificazione) che, a pena di esclusione, il concorrente deve possedere, ma si limita a disciplinare le "modalità di presentazione delle offerte" in cui indica una serie di dichiarazioni da allegare alla domanda di partecipazione.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Per quanto rileva nel caso di specie, il bando prevede che la busta "A" dovrà contenere «dichiarazione sostitutiva di certificazione del nulla osta di sicurezza (N. O.S.), previsto dall'art. 9 della L. 3.8.2007, n. 124».

Espone di avere fatto pervenire la propria offerta, dichiarando di avvalersi del nulla osta di sicurezza posseduta dalla B. S.r.l.; in data 3 ottobre 2011 la Commissione di gara ha escluso la ricorrente con la motivazione che essa avrebbe «presentato un'offerta incompleta stante la mancanza dell'abilitazione di sicurezza»; ad avviso della Commissione, il requisito N. O.S. non potrebbe essere soddisfatto mediante avvalimento.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione della *lex specialis*; violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli artt. 17 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.P.C.M. 3 febbraio 2006; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà con precedenti determinazioni.

L'esclusione della ricorrente è frutto di una non corretta interpretazione sia del bando di gara, che non prevede il possesso del N. O.S. quale requisito di partecipazione, sia della disciplina legislativa in tema di tutela amministrativa del segreto, che non consente di porre il N. O.S. quale requisito di partecipazione alle gare pubbliche di appalto. L'illegittimità appare evidente in ragione del fatto che la *lex specialis* di gara non richiede il N. O.S. quale requisito di partecipazione, né contempla la sua assenza come causa di esclusione dalla gara.

In ogni caso, ove non si acceda all'interpretazione sopra esposta, allora va censurato il bando di gara, nella misura in cui richieda il N. O.S. quale requisito di partecipazione per violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli artt. 17 e 46 del codice dei contratti pubblici e del d.P.C.M. 3 febbraio 2006.

La tipologia del N. O.S. è correlata al tipo di classifica di segretezza della notizia o del documento; dalla normativa vigente in materia si evince che: a) il nulla osta di sicurezza è un'autorizzazione riferita esclusivamente ad una persona fisica ed autorizza l'ente richiedente ad avvalersi di tale soggetto per attività che comportano la trattazione di informazioni

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

classificate; b) ai fini della partecipazione alle gare di appalto è sufficiente il possesso dell'abilitazione preventiva in capo alle imprese partecipanti; c) l'abilitazione complessiva (N. O.C.S.) è richiesta alle persone giuridiche ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Appare dunque evidente l'illegittimità degli atti impugnati nella misura in cui escludono la ricorrente per non essere in possesso, in qualità di persona giuridica, del N. O.S. al fine di partecipare alla gara; l'autorizzazione in questione è prevista dalla legge n. 124 del 2007 solo con riferimento alle informazioni classificate quali "segretissime, segrete o riservatissime"; il che non è nel caso di specie, nel quale addirittura è mancata del tutto, da parte dell'Amministrazione, sia l'indicazione della classificazione di sicurezza, sia l'indicazione della persona specifica di riferimento all'interno dell'organizzazione della concorrente che debba possedere il N. O.S.

A tutto concedere, l'Amministrazione si sarebbe dovuta limitare a richiedere il certificato N. O.C.S. (e non il N. O.S.) come requisito di esecuzione del contratto, dal momento che lo stesso attiene alla fase di svolgimento del contratto di appalto oggetto di affidamento.

Dalla non indispensabilità del N. O.S. per la partecipazione alla gara deriva anche l'infondatezza del richiamo nella motivazione all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed in particolare al mancato adempimento alle prescrizioni della normativa vigente.

2) Violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli artt. 17, 46 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.P.C.M. 3 febbraio 2006; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà con precedenti determinazioni.

Ove poi si ritenga che il N. O.S. sia stato legittimamente richiesto dalla stazione appaltante, l'esclusione della ricorrente sarebbe illegittima, in quanto il requisito in questione è posseduto dalla N., in virtù dell'avvalimento del N. O.S. posseduto dalla B. S.r.l.

L'avvalimento ha portata generale, ed è utilizzabile a prescindere da una specifica previsione del bando. Il N. O.S. deve essere assimilato ai requisiti di carattere tecnico, organizzativo e di qualificazione; attiene al sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà alle istituzioni, nonché di

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

rigoroso rispetto del segreto e viene dunque rilasciato proprio al fine di garantire la speciale qualificazione dell'operatore economico in relazione agli specifici servizi che svolge. La certificazione in esame concerne, in sostanza, il sistema gestionale del servizio reso e la sicurezza e segretezza del suo processo operativo. In questo senso può ben dirsi che il N. O.S. sia riconducibile ai requisiti tecnici, organizzativi e di qualificazione per i quali l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 consente l'avvalimento.

3) Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà tra provvedimenti, violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, sviamento funzionale.

Va rilevato come la Procura della Repubblica, nella gara precedentemente indetta (il 23 maggio 2011) e poi annullata in autotutela (18 agosto 2011), aveva comunque ammesso la ricorrente e considerato legittimo l'avvalimento in riferimento al requisito del N. O.S.; l'esclusione, come già esposto, è conseguita alla valutazione delle offerte economiche. Può dunque dirsi che N. abbia partecipato alla seconda gara facendo affidamento sulle determinazioni assunte dall'Amministrazione nel corso della prima gara.

Con successiva memoria del 7 novembre 2011 la società ricorrente ha rappresentato che con provvedimento prot. n. 2928 del 26 ottobre 2011 la Procura della Repubblica di Perugia ha revocato in autotutela la di lei esclusione dalla gara, disponendo che l'offerta sia assoggettata a valutazione tecnica.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

B) Con ricorso (iscritto sub n. 558/2011 del R.G) la I.-I. S.p.a., anch'essa operante nel settore dell'industria elettronica ed in particolare della commercializzazione di apparecchiature elettroniche per intercettazioni legali ed applicazioni di controllo, ha impugnato i verbali della gara in esame, nonché la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione in favore di A. S.p.a.

Deduce i seguenti motivi di diritto:

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

4) Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere, sviamento, illogicità ed irrazionalità; travisamento dei fatti; violazione dell'art. 97 della Costituzione, con riguardo alla revoca, in autotutela, dell'esclusione, da parte della Commissione giudicatrice, della N.. Si lamenta, in particolare, che la Commissione ha dapprima escluso dalla procedura di gara la N., in quanto non in possesso del richiesto N. O.S., e successivamente revocato l'esclusione senza accompagnare tale provvedimento da adeguata motivazione.

5) Ulteriore eccesso di potere, travisamento dei fatti, disparità di trattamento; violazione dell'art. 97 della Costituzione, sostenendosi l'illegittimità della revoca dell'esclusione di N., nella considerazione che la titolarità del N. O.S. costituisce un requisito di ordine generale attinente alle condizioni soggettive del contraente, e tali da garantirne l'affidabilità morale e non la mera esperienza e/o la capacità professionale o finanziaria, con conseguenza inapplicabilità al caso di specie dell'avvalimento.

6) Violazione dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, nell'assunto dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria A. S.p.a., che ha previsto un corrispettivo forfettario per le prestazioni offerte pari ad euro 2,22, senza peraltro che sia stata sottoposta a verifica.

7) Ulteriore eccesso di potere, difetto di motivazione, disparità di trattamento; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, in quanto la Commissione di gara ha assegnato ad ogni offerta tecnica un punteggio numerico, non accompagnato da alcuna motivazione.

Si è costituita in giudizio la controinteressata A. S.p.a., eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, con riguardo alla prova di resistenza, ed alla mancata tempestiva impugnazione dell'atto di revoca dell'esclusione di N., e comunque la sua infondatezza nel merito.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, argomentando nel senso dell'inammissibilità e comunque dell'infondatezza nel merito del ricorso; si è altresì costituita N. S.r.l. concludendo per la reiezione dei primi due motivi e per l'accoglimento del terzo e del quarto motivo.

Nella camera di consiglio del 7 marzo 2012 le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. - Occorre preliminarmente disporre la riunione, ai sensi dell'art. 70 del c.p.a., dei ricorsi nn. 446/2011 e 558/2011 del R.G., in quanto oggettivamente (ed, almeno in parte, anche soggettivamente) connessi.

2. - Il ricorso n. 446/2011 del R.G., esperito da N. S.r.l. avverso il bando e l'esclusione dal procedimento di gara informale è improcedibile con riguardo all'esclusione ed anche alla correlata domanda risarcitoria.

Ed infatti l'impugnativa avverso il provvedimento di esclusione di cui alla nota prot. n. 247 del 4 ottobre 2011 è superata dalla successiva riammissione alla gara conseguente alla revoca in autotutela (della esclusione) mediante il provvedimento prot. n. 2928 del 26 ottobre 2011.

Con riguardo al bando, non può invece ritenersi venuto meno l'interesse al ricorso, per la mancata impugnativa del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di A. S.p.a., atteso che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano stati gravati quelli di indizione del procedimento di gara, in quanto l'annullamento del bando travolge anche il provvedimento di aggiudicazione, ragione per cui la mancata impugnazione di quest'ultimo non determina l'improcedibilità del ricorso (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1463; Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5384).

Né può obiettarsi la non integrità del contraddittorio, in quanto ammesso anche che sia necessaria in caso di illegittimità derivata caducante, risulta comunque intimata l'aggiudicataria A. S.p.a.

3. - Occorre dunque esaminare il primo motivo, atteso che il secondo ed il terzo concernono il provvedimento di esclusione, poi revocato.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Con il primo mezzo, sia pure in via subordinata, si censura l'illegittimità del bando prot. n. 43/11 RIS. in data 22 agosto 2011, ove interpretato nel senso di richiedere il N. O.S. quale requisito di partecipazione alla gara (a pena di esclusione).

Occorre anzitutto chiedersi se la lex specialis di gara contenga effettivamente una siffatta previsione; a tale riguardo, ad avviso del Collegio, la soluzione deve essere di segno positivo, come è dato evincere dal contenuto della busta "A" (documenti), punto 1, disciplinato a pag. 2 del bando. E' ivi affermato che la busta "A" dovrà contenere «copia autenticata o dichiarazione sostitutiva di certificazione del nulla osta di sicurezza (N. O.S.), previsto dall'art. 9 della L. 3/8/2007, n. 124 e art. 17 co. 3 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163».

Si tratta di un requisito di partecipazione (quale che ne sia, per il momento, la natura) posto a pena di esclusione.

Ed invero, quand'anche non fosse rinvenibile nella lex specialis un'espressa comminatoria in tale senso, tale approdo appare comunque conforme all'applicazione del criterio ermeneutico teleologico, in quanto derivante proprio dalla disciplina specifica in materia, ed in particolare dall'allora vigente d.P.C.M. 3 febbraio 2006 (oggi abrogato dal d.P.C.M. 22 luglio 2011, con decorrenza dal 28 febbraio 2012), oltre che dalle fonti di rango primario di cui alla legge n. 124 del 2007, ed all'art. 17 del codice dei contratti pubblici.

3.1. - Si può, a questo punto, sottoporre a scrutinio la censura, ed in particolare verificare se il bando di gara, nel richiedere il N. O.S. (nulla osta di sicurezza) quale requisito di partecipazione, violi il d.P.C.M. 3 febbraio 2006, l'art. 9 della legge n. 124 del 2007, ovvero, ancora, gli artt. 17 e 46 del codice dei contratti pubblici, secondo quella che è la prospettazione di parte ricorrente.

La censura non appare al Collegio meritevole di positiva valutazione.

Occorre infatti osservare che l'art. 17 del codice dei contratti pubblici, nel testo ratione temporis applicabile al bando di gara gravata (e dunque antecedente alla novella apportata dall'art. 33 del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 203), al comma 3, dispone, con riguardo ai contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, che «sono eseguiti da operatori economici in possesso, oltre che dei requisiti previsti dal presente codice, dell'abilitazione di sicurezza». La

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

norma utilizza dunque la locuzione generica di "abilitazione di sicurezza", meglio specificata dal d.P.C.M. 7 giugno 2005 (recante disposizioni in materia di rilascio del nulla osta di sicurezza personale) mediante la distinzione tra "N. O.S." (nulla osta di sicurezza), "A.P." (abilitazione preventiva) e "N. O.S.C." (nulla osta di sicurezza complessivo).

Ai sensi dell'art. 2 del d.P.C.M. da ultimo indicato il rilascio del N. O.S. consente alla Pubblica Amministrazione, alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo, già legittimati alla trattazione di informazioni classificate, di poter impiegare una persona, in attività che comportano la necessità di trattare informazioni classificate "segretissimo", "segreto" o "riservatissimo"; il rilascio dell'A.P. consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo di partecipare a gare classificate in ambito nazionale ed internazionale od a trattative per l'esecuzione di studi o lavori classificati a livello "riservato" e superiore; il rilascio del N. O.S.C. consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione od all'organismo di condurre lavori, esperienze, studi e progettazioni classificate in ambito nazionale e internazionale a livello "riservato" e superiore.

E' rimesso ai predetti soggetti definire, sulla base dei rispettivi ordinamenti interni ed esigenze funzionali, gli incarichi che comportano, ai fini del rilascio del N. O.S., l'effettiva necessità di trattare informazioni classificate "segretissimo", "segreto" o "riservatissimo" (art. 16 del d.P.C.M. 3 febbraio 2006).

Dal quadro ordinamentale esposto si evince che i profili dedotti dalla ricorrente non inducono a ravvisare un'illegittimità, nella gara in esame, della lex specialis, laddove prescrive il possesso del N. O.S. quale requisito di partecipazione. In particolare, non vi è contrasto con l'art. 9 della legge n. 124 del 2007, il quale, al comma 9, stabilisce proprio che «agli appalti di lavori e alle forniture di beni e servizi, per i quali la tutela del segreto sia richiesta da norme di legge o di regolamento ovvero sia ritenuta di volta in volta necessaria, si applicano le disposizioni di cui all'art. 17, comma 3, del del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163». Né può assumersi che una gara per la fornitura di apparati per il sistema di registrazione delle intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali non implichi la trattazione di informazioni classificate "segretissimo, segreto e riservatissimo".

Si evince anche dagli scritti difensivi versati agli atti del processo introdotto con il ricorso n. 558/2011 del R.G., al presente riunito, che i servizi oggetto della gara in questione, sia per quanto riguarda l'attività di intercettazione telefonica, sia con riguardo alle intercettazioni ambientali, richiedono un'attiva collaborazione (sia in fase esecutiva, che di ascolto) del

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

personale dipendente della società aggiudicataria con la polizia giudiziaria, che lo espone ed onera, attribuendogli anche, per alcuni fini, la qualifica di "ausiliario di polizia giudiziaria" (ai sensi dell'art. 348, comma 4, del c.p.p.) alla trattazione di informazioni non irragionevolmente (sulla base di una valutazione di spettanza dell'Amministrazione) classificabili, quanto meno, come "riservatissime".

Si aggiunga, ancora, che il N. O.S., come già chiarito, consente l'impiego di una persona in attività implicanti informazioni classificate come segretissime, segrete e riservatissime; il bando, in modo con ciò compatibile, ha inteso richiedere che nell'ambito della società concorrente vi sia un soggetto da adibire presso la stazione appaltante in possesso di tale autorizzazione. Così interpretata, la lex specialis non evidenzia un'aporia logica, prima ancora che giuridica, nel richiedere il possesso di tale requisito ad un operatore economico, che molto spesso ha la veste di persona giuridica. A conferma di ciò, giova evidenziare che la nuova formulazione dell'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 (successivo alla riforma del 2011), peraltro non contenente innovazioni, ma piuttosto una riscrittura del testo, dispone espressamente che «i contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal codice civile e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007», chiarendo dunque che può essere imposto il possesso (proprio e specificamente) del N. O.S. a qualunque operatore economico (anche non persona fisica), all'unica condizione che tale requisito occorra per la trattazione di informazioni classificate segretissimo, segreto e riservatissimo.

4. - Discende da quanto esposto che il ricorso n. 446/2011 del R.G. deve essere dichiarato improcedibile con riguardo all'impugnativa dell'esclusione, e respinto relativamente all'impugnazione del bando di gara, melius della lettera di invito.

5. - Procedendo ora alla disamina del ricorso n. 558/2011 del R.G., proposto dalla I. S.p.a., risultata terza graduata, avverso gli atti di gara, ed in particolare avverso la revoca, in autotutela, dell'esclusione della N. S.r.l. e l'aggiudicazione in favore di A. S.p.a., va disattesa l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, svolta principalmente dalla controinteressata A. S.p.a.

Anzitutto, quanto alla mancata prova di resistenza, a parte i limiti della sua operatività in una procedura selettiva il cui esito deriva da apprezzamenti espressione di discrezionalità tecnica, occorre rilevare che la ricorrente I. ha censurato tanto la riammissione della seconda graduata N., quanto il punteggio attribuito all'aggiudicataria A., anche deducendo l'anomalia dell'offerta della medesima.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Con riferimento, poi, alla mancata tempestiva impugnativa del verbale del 25 ottobre (prot. n. 2928 del 26 ottobre 2011), disponente la riammissione di N. S.r.l., anche a prescindere dalla verifica dell'effettiva tardività correlata ovviamente al momento della conoscenza, ritiene il Collegio sufficiente ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'atto di ammissione (e dunque, anche di riammissione) di un'impresa concorrente in un procedimento di valutazione comparativa concorrenziale non va impugnato immediatamente, ma solo unitamente con l'atto terminale di aggiudicazione, divenendo solo in tale momento lesivo (in termini, tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 14 novembre 2006, n. 9476; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 ottobre 2001, n. 751).

6. - Con il primo motivo di ricorso viene, appunto, dedotto il vizio motivazionale del provvedimento, in data 26 ottobre 2010, della Commissione giudicatrice, di revoca dell'esclusione di N..

La censura non appare meritevole di positivo apprezzamento.

Il provvedimento in autotutela (di revoca dell'esclusione) è infatti sufficientemente motivato, 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 la utilizzabilità dell'avvalimento 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 N.), sia in ossequio al principio del favor participationis.

Si tratta, invero, di un corredo motivazionale più propriamente adatto ad una (ri) ammissione con riserva, piuttosto che ad una (definitiva) revoca dell'esclusione, ma del quale non può neppure postularsi la illogicità o l'assoluta insufficienza. Resta aperto il profilo sostanziale della legittimità del possesso mediato del N. O.S., ma è questione specificamente oggetto della seconda censura, che ci si accinge a trattare.

7. - Il secondo mezzo, come anticipato, censura la revoca dell'esclusione di N., nella considerazione che la titolarità del N. O.S. costituisce un requisito di ordine generale, come tale non suscettibile di possesso mediato, mediante un'impresa ausiliaria.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Il motivo, pur nella sua problematicità, che apre prospettive ancora inesplorate, deve essere disatteso.

Non occorre indugiare sul fatto che dall'ermeneusi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 si desume che l'avvalimento concerne i requisiti oggettivi di ordine speciale (e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 dello stesso codice dei contratti pubblici), economico-finanziari e tecnici, ivi compresa l'attestazione SOA (costituente peraltro una qualificazione "personale"), senza limitazioni sotto il profilo qualitativo e quantitativo.

Di recente, in giurisprudenza si è ritenuto suscettibile di divenire oggetto di avvalimento anche il possesso della certificazione di qualità, pur sottolineandosi che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli elementi aziendali qualificanti (in termini Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Ed invero l'art. 49 del codice dei contratti pubblici non contiene alcuno specifico divieto all'avvalimento dei requisiti soggettivi di "qualità".

Ne consegue che deve ritenersi 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.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

Legittimamente, dunque, a ben considerare, N. si è avvalsa del N. O.S./A.P. della B. S.r.l. in forza del contratto in data 8 settembre 2011.

8. - Il terzo motivo di ricorso di I. S.p.a. si appunta poi sull'asserita anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria A. S.p.a.

Anche tale motivo non sembra cogliere nel segno, anzitutto 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 (in termini, seppure con riguardo ad altra tipologia di contratto escluso, T.A.R. Umbria, 1 dicembre 2011, n. 389).

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 A. ha offerto un prezzo di euro 775, con un ribasso del solo 5%, a differenza di I. 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.

E' noto che la valutazione dell'anomalia dell'offerta deve essere effettuata in termini complessivi, e non in modo parcellizzato, al fine di apprezzare la serietà della medesima.

9. - Deve essere respinto anche il quarto ed ultimo mezzo, con cui I. S.p.a. lamenta il vizio motivazionale, nell'assunto che la Commissione abbia assegnato alle offerte tecniche solamente un punteggio numerico, come si evince dal verbale del 17 novembre 2011.

A bene considerare, la lettera di invito, al paragrafo "svolgimento della gara ed aggiudicazione" (pagg. 6/8), enuclea specifici e puntuali criteri di valutazione sia per le intercettazioni telefoniche, che per quelle ambientali, potendosi conseguentemente ritenere adeguato il semplice voto numerico.

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

10. - In conclusione, il ricorso n. 446/2011 del R.G. deve essere in parte respinto, ed in parte dichiarato improcedibile, mentre il ricorso n. 558/2011 del R.G. deve essere respinto.

La novità di talune delle questioni trattate giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così decide: a) li riunisce; b) in parte respinge, ed in parte dichiara improcedibile il ricorso n. 446/2011 del R.G.; c) respinge il ricorso n. 558/2011 del R.G.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti - Presidente

Carlo Luigi Cardoni - Consigliere

Stefano Fantini - Consigliere, Estensore

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola
Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -

IL PRESIDENTE

Cesare Lamberti

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

Depositata in Segreteria il 6 giugno 2012

IL SEGRETARIO

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

Nulla osta di sicurezza (N.O.S.): è possibile l'avvalimento?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 21 Giugno 2012 07:46 -
