



PROVINCIA REGIONALE DI MESSINA
Ufficio Dirigenziale "Tutela, Valorizzazione e Sviluppo Attività
Agricole e Aree Naturali e Politiche del Lavoro"
U. O. C. "Protezione Patrimonio Naturale pesca in acque interne"
Via San Paolo n. 361 – 98161 Messina-Tel. 0907761632- Fax 0907761574

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

N° 75

del 20/12/12

OGGETTO: Annulamento in autotutela della determina dirigenziale n. 38 del 07/08/2012 di approvazione del Bando di gara per "l'Affidamento del servizio di vigilanza venatoria ed Ambientalista ai sensi dell'art. 44 della L. R. n. 33/97, per la durata di 120 giorni" e dei successivi atti ed adempimenti consecutivi.

IL DIRIGENTE

PREMESSO che con determina dirigenziale n. 38 del 07/08/2012 è stato approvato il bando di gara per Affidamento del servizio di vigilanza venatoria ed Ambientalista ai sensi dell'art. 44 della L. R. n. 33/97, per la durata di 120 giorni;

Che in data 27/09/2012 si sono avviate le procedure per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza;

Che in data 25/10/2012 si sono concluse le procedure di gara, aggiudicando il servizio alla società: "Vigilanza Venatoria ed Ambientalista s.r.l." di Enna;

Che con nota prot. n.4463 del 03/12/2012 è pervenuta copia della Sentenza n 2657/12 del TAR Sic. Sez. Catania con la quale si dichiara l'accoglimento del ricorso presentato dalla Società A.t.i. Sicurtransport s.p.a. -KSM s.p.a. che si era appellata alla esclusione dal bando di gara del 28/10/2011 per l'affidamento del servizio di vigilanza venatoria ed ambientalista;

Vista la nota prot. n. 3909 del 24/10/2012 con la quale l'ufficio Legale dell'Ente trasmette copia del ricorso al T.A.R. Sicilia sez. Catania della Società Sicurtransport s.p.a.;

Vista la nota prot. n. 42442 del 18/12/2012, di notifica pervenuta dallo Studio dell'Avv. Gactano Maiolino, incaricato dall'ufficio legale per rappresentare l'Ente in fase di giudizio, presso il T.A.R. di Catania;

Visto che il Bando di gara approvato con determina dirigenziale n. 38 del 07/08/2012, presenta le stesse caratteristiche per cui è stata nuovamente esclusa la società Sicurtransport, per le stesse motivazioni che sono state impugnate;

Ritenuto opportuno procedere in autotutela all'annullamento della determina dirigenziale n. 38 del 07/08/2012 di approvazione del Bando di Gara per l'Affidamento del servizio di vigilanza venatoria

ed Ambientalista ai sensi dell'art. 44 della L. R. n. 33/97, per la durata di 120 giorni;

VISTO l'art. 35 della Legge n. 448/2001;

VISTI la legge regionale n. 48/1991 che modifica ed integra l'ordinamento degli EE.LL. nonché il D.Lgs n. 267/2000 e la Legge Regionale n. 30/2000;

VISTO lo Statuto Provinciale;

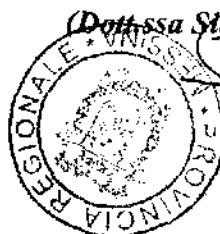
DETERMINA

ANNULARE in autotutela la determina dirigenziale n. 38 del 07/08/2012 di approvazione del Bando di Gara per l'Affidamento del servizio di vigilanza venatoria ed Ambientalista ai sensi dell'art. 44 della L. R. n. 33/97, per la durata di 120 giorni e dei successivi atti ed adempimenti consecutivi.

TRASMETTERE la presente determinazione, per i provvedimenti di competenza, agli Uffici preposti.

Il Dirigente.

(Dott.ssa ~~Silvana~~ Schächter)



2° DIR. E. U. D. T. C. G. MESSINA

VISTO PERSONA

MESSINA

24/12/12

Il Funzionario

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the official mentioned in the 'Il Funzionario' field.

Avv. Gaetano Majolino

via San Giovanni Bosco,30 - 98122 MESSINA
Tel. 3384750557 e Fax 0905728028
email gaetano_majolino@yahoo.it pec gaetanomajolino@pecgiuffre.it

Messina, li 17 dicembre 2012

Preg.mo Signor Dirigente

**Provincia Regionale di Messina
U.D. Parchi e Riserve e Attività
Produttive**

SEDE

Oggetto: Causa "Sicurtransport S.p.A. c/ Provincia Regionale di Messina" Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sez. di Catania n. 3600/2011 RG - rif. pratica RC 205/11 - Trasmissione sentenza n. 2657/2012. Adempimenti conseguenti. Risultanze incontro del 4 dicembre u.s.

In riferimento al contenzioso di cui all'oggetto, sulla base anche delle risultanze dell'incontro tenutosi presso codesto Dipartimento in data 4 dicembre ultimo scorso, si trasmette copia della sentenza n. 2657/2012, emessa in esito al giudizio n. 3600/2011 R.G. e già trasmessa agli uffici competenti, e si rappresentano alcune valutazioni di diritto sulla vicenda e sulle rispettive conseguenze.

Innanzitutto occorre premettere come la citata sentenza risulti decisamente sfavorevole all'Amministrazione, comportando l'annullamento degli atti impugnati e la conseguente condanna, per la Provincia Regionale di Messina, alla refusione alla ditta ricorrente delle spese del giudizio liquidate nella misura di € 3.000,00 oltre IVA, CPA e C.U.

Il Collegio adito ha infatti ritenuto *"...di non poter condividere la tesi secondo la quale la legislazione regionale, a differenza di quella statale, non consentirebbe l'affidamento del servizio di vigilanza venatoria alle "guardie private riconosciute ai sensi del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza", sol perché tale inciso non è stato espressamente riprodotto nel citato articolo 44: infatti, dovendosi scrutinare una disposizione normativa interna alla luce degli obblighi di massima partecipazione, non discriminazione, libera concorrenza, parità di trattamento,*

C.F. MJLGTN81S25F158K - P. IVA 03158000830

discendenti dal Trattato dell'Unione europea, occorre anzitutto ricercare un'interpretazione che consenta la compatibilità della norma interna con quella comunitaria, dovendosi, altrimenti, procedere a disapplicazione della prima.". E ancora che *".....l'esclusione dalla partecipazione ad una gara pubblica per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza venatoria degli istituti di vigilanza privata, peraltro ammessi a partecipare in tutte le altre regioni, risulterebbe illogicamente ed illegittimamente restrittiva della concorrenza."* e che *"....la mancata riproduzione nella normativa regionale dell'inciso riferito alle guardie private non può ritenersi di per sé ostativa: infatti, la normativa regionale, laddove attribuisce tali funzioni, tra le altre, "alle guardie dei servizi istituiti dalle province regionali e dai comuni, anche tramite società miste", implica che, qualora la provincia, anziché gestire con propri dipendenti ovvero con proprie società miste il servizio, ritenga di affidarlo mediante procedura ad evidenza pubblica, dovrà prevedere la partecipazione, secondo le ordinarie regole, degli operatori economici in possesso di adeguata qualificazione nel settore della vigilanza, tra i quali gli istituti di vigilanza privata, fermo restando che gli stessi dovranno poi avvalersi, per l'espletamento del servizio, di dipendenti in possesso dell'attestato di idoneità previsto dall'articolo 27, comma 4, della legge 11 febbraio 1992, n. 157 e 43 la L.R. 1-9-1997 n. 33."*

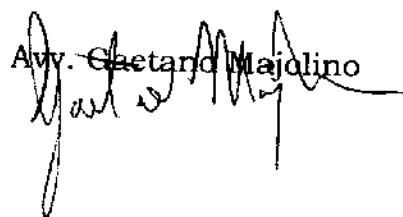
Tale sentenza, ad avviso dello scrivente, pare censurabile sotto diversi punti di vista, ed in particolare in considerazione del fatto che, oltre a smentire radicalmente la tesi sostenuta, anche sulla base di non trascurabili ragioni di diritto, dall'Amministrazione, non si pronuncia su due profili fondamentali e connessi. E cioè, da una parte, non afferma chiaramente né smentisce che l'attività di *"vigilanza sulla caccia e sulla pesca nelle acque interne, tutela della fauna, salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio naturale, compresa la vigilanza antincendio"* rientri nel campo dei servizi degli istituti di vigilanza privata, sotto il profilo del divieto posto da parte dell'autorità di Pubblica Sicurezza a svolgere attività diverse da quella autorizzata (tra le quali la vigilanza venatoria non è prevista). Sotto altro profilo, inoltre, non chiarisce l'eventuale sussistenza in capo alla ricorrente degli irrinunciabili requisiti di natura tecnico organizzativa richiesti (se cioè i servizi di vigilanza a posto fisso, trasporto valori e vigilanza a mezzo di unità cinofile siano qualificabili come servizi analoghi oggetto dell'affidamento).

Alla luce di quanto sopra, appaiono sussistenti valide ragioni per la proposizione di appello presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa, che

peraltro mi risulta l'Amministrazione abbia già manifestato l'intenzione di proporre. Ciò anche in ragione della possibilità che la ricorrente possa, in futuro, muovere una azione per risarcimento dei presunti danni subiti in ragione del contegno assunto dall'Amministrazione.

Quanto alla procedura in essere per la nuova stagione, per la quale è stato proposto ricorso al TAR Catania dalla stessa Sicurtransport S.p.A., attualmente pendente al n. 2653/2012 R.G., si rappresenta come il bando in questione presenti i medesimi presunti vizi oggetto di censura con la succitata sentenza n. 2657/2012. Pertanto, considerato anche il fatto che alla data odierna non è stato stipulato il relativo contratto, si rappresenta l'opportunità di procedere, alla luce della intervenuta giurisprudenza, in via di autotutela, anche al fine di scongiurare eventuali pretese risarcitorie, anche per tale affidamento, da parte della ditta ricorrente.

Restando a disposizione per ogni eventuale chiarimento, l'occasione mi è gradita per porgere cordiali saluti.

Avv. Gaetano Majolino


N. 02657/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03600/2011 REG.RIC.



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 staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3600 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

società SICURTRANSPORT S.p.A., in persona del presidente del Consiglio di amministrazione e legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo tra la medesima e la mandante associata KSM S.p.A, rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Ingaglio La Vecchia, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Fianchino in Catania, corso delle Province, 203;

contro

Provincia Regionale di Messina, , in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Majolino, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tar Catania in Catania, via Milano 42a;

Provincia Regionale di Messina - Dipartimento V - 2° U.D., non

costituito in giudizio;

nei confronti di

Vigilanza Venatoria e Ambientalista Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Andretta Guzzardi ed Anna Maria Crosta, con domicilio eletto presso l'avv. Andretta Guzzardi in Catania, via Crociferi, 60;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- 1. del bando di gara integrale, del capitolato tecnico, del Progetto di vigilanza venatoria, delle tabelle di ricostruzione dei costi di esercizio per l'affidamento del "servizio relativo alla attività di vigilanza sulla caccia e sulla pesca nelle acque interne, tutela della fauna, salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio naturale, compresa la vigilanza antincendio del territorio provinciale" C.U.P. B89E11003970003 – C.I.G. 337432229°, per giorni 60, per un importo complessivo di € 337.277,58 ;
- 2. della Determinazione Dirigenziale n. 35 del 13.10.2011 del V Dipartimento, 2° Ufficio Dirigenziale Protezione Patrimonio Naturale della Provincia di Messina (atti conosciuti successivamente alla data del 28.10.2011, data in cui è stata dalla Provincia di Messina pubblicato in GURS n. 43, Parte III, un estratto del bando di gara);
- 3. della Determinazione Dirigenziale n. 32 del 26.09.2011 di impegno della somma di € 337.227,58 destinata al pagamento del servizio posto a bando, di cui si è avuta notizia della esistenza dal corpo della Determinazione n. 35;
- 4. di tutti gli atti connessi e consequenziali, nei limiti dell'interesse della odierna ricorrente e con riserva di impugnazione per quelli allo stato ancora ignoti;
- quanto ai motivi aggiunti notificati il 23.12.2011:

1. del verbale della seduta di gara del giorno 22.11.2011 di esclusione dalla selezione dell'ATTI Sicurtransport S.p.A. – KSM S.p.A.
 2. ove occorra e possa del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara – ove intervenuto – alla unica altra concorrente società Vigilanza venatoria e Ambientalista Srl;
 3. di tutti gli atti connessi e consequenziali, nei limiti dell'interesse della ricorrente e con riserva di impugnazione per quelli allo stato ancora ignoti;
- quanto ai motivi aggiunti del 30.1.2012:
 1. del verbale della seduta riservata di gara del giorno 1.12.2011, dedicato alla valutazione del progetto tecnico della Società Vigilanza Venatoria e Ambientalista S.r.l.;
 2. del verbale della seduta di gara del giorno 6.12.2011, di apertura dell'offerta economica della Società Vigilanza Venatoria e Ambientalista S.r.l. e di aggiudicazione provvisoria;
 3. della Determina Dirigenziale n. 56 del 22.12.2011 del Dirigente il 2° Ufficio Dirigenziale – Protezione Patrimonio naturale del V Dipartimento della Provincia Regionale di Messina, conosciuta soltanto attraverso il deposito in udienza fattone dalla difesa della Provincia di Messina, di approvazione dei verbali di gara del 22.11.2011, del 1.12.2011 del 6.12.2011 ed aggiudicazione alla Società Vigilanza Venatoria e Ambientalista S.r.l. di Enna per il servizio di vigilanza venatoria e ambientalista ai sensi dell'art. 44 della L.R. 33/97;
 4. di tutti gli atti connessi e consequenziali, nei limiti dell'interesse della ricorrente.
- Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Regionale di Messina e di Vigilanza Venatoria e Ambientalista Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 28/29.11.2011, la ricorrente esponeva che in data 28.10.2011 la Provincia di Messina aveva diffuso mediante pubblicazione in GURS n. 43, Parte III, un estratto del bando di gara per l'affidamento del "servizio relativo alla attività di vigilanza sulla caccia e sulla pesca nelle acque interne, tutela della fauna, salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio naturale, compresa la vigilanza antincendio del territorio provinciale", per giorni 60, per un importo complessivo di € 337.277,58, rinviando per l'assunzione del documento integrale al proprio profilo informatico, ove erano stati pubblicati il bando di gara integrale, il capitolato tecnico, un Progetto di vigilanza venatoria, ed alcune tabelle di ricostruzione dei costi di esercizio.

Il bando richiedeva ai fini dell'ammissione alla gara che i concorrenti fossero in possesso di un certificato di iscrizione alla CCIAA, dal quale evincere ex lett.B) del bando "... Requisiti di idoneità professionale -", a pena di esclusione, che l'attività esercitata rientrasse in quella dei servizi oggetto di appalto e che i concorrenti fossero in possesso dei requisiti previsti dall'art. 44 della L.R. n. 33/1997.

Ritenendo tali prescrizioni lesive della libertà di concorrenza e ritenendo comunque il bando affetto da ulteriori illegittimità, parte ricorrente

proponeva il ricorso in epigrafe, con il quale lamentava:

1) “Violazione e falsa applicazione dell’art. 27, comma 2°, della L. n. 157/1992. - Difetto di istruttoria nella predisposizione del bando di gara – Difetto di motivazione - Conseguente violazione e falsa applicazione dell’articolo 3 della L. 241/90 e delle corrispondenti disposizioni della L.reg. sic. n. 10/1991. - Eccesso di potere per violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione”, ritenendo la prescrizione del bando relativa ai requisiti di ammissione (limitata ai soli soggetti in possesso di un certificato di iscrizione in CCIAA dal quale evincere che l’attività esercitata rientri in quella dei servizi oggetto di appalto e che i concorrenti siano in possesso dei requisiti previsti dall’art. 44 della L.R. n. 33/1997) illegittima e restrittiva della platea dei potenziali concorrenti, oltre che ingiustificata alla luce dell’art. 27 della L. n. 157/1992 (Vigilanza venatoria) e dell’art. 44 della L.R. n. 33/1997 (Vigilanza venatoria ed ambientalista).

2) “Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, comma 1 e 70, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 – Eccesso di potere per violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, e pubblicità – Violazione dell’interesse pubblico dell’Amministrazione a ricevere offerte adeguatamente ponderate”, poiché l’Allegato ai documenti di gara denominato: “Progetto per l’esecuzione della Vigilanza Venatoria Ambientale ed Antincendio – Pesca Acque Interne” risultava sottoscritto – oltre che dal Dirigente della Polizia Provinciale e dal Dirigente 5° Dip. 2° U.D. - anche della Società di Vigilanza Venatoria ed Ambientale, concorrente alla gara in questione.

Sotto altro profilo, tra la data di pubblicazione dell’estratto del bando in GURS ed il termine di ricezione delle offerte (22.11.2011) non era

intercorso il termine minimo di 52 giorni.

3) Inadeguata remuneratività del costo complessivo indicato per personale e mezzi, anche alla luce delle misurazioni delle Tabelle ministeriali di rilevazione del costo del lavoro degli addetti agli Istituti di vigilanza privata.

4) “Violazione e falsa applicazione dell’art. 29 D.Lgs. n. 163/2006 - Contraddittorietà tra atti della istruttoria – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errata motivazione” con riferimento alla previsione (Art. 17 del capitolato speciale di appalto) della facoltà, per l’Amm.ne, alla scadenza del termine contrattuale (60 gg) di prorogare la durata del servizio per uno o più periodi.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 23.12.2011 la ricorrente esponeva che in data 22 novembre 2011, si era svolta la gara, alla quale avevano partecipato due soli concorrenti e precisamente l’A.t.i. Sicurtransport S.p.A. – KSM S.p.A. e la società Vigilanza venatoria e Ambientalista Srl.

L’A.t.i. era stata tuttavia esclusa poiché, secondo il certificato rilasciato dalla competente C.C.I.A.A., l’attività cercita non rientrava in quella dei servizi oggetto dell’appalto, inoltre, secondo il seggio, l’ATI non era in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 44 della legge regionale 33/97, e inoltre i concorrenti in associazione, al fine di garantire la propria capacità professionale a gestire guardie particolari giurate addette alla vigilanza venatoria e ambientalista, non avevano dimostrato il possesso dell’autorizzazione alla vigilanza venatoria ed ambientalista previste espressamente nel bando di gara al punto 8 “requisiti di partecipazione” sub “B” requisiti di idoneità professionale.

Con il primo motivo la ricorrente lamentava “Invalidità derivata del provvedimento di esclusione dell’ATI Sicurtransport S.p.A. – Ksm

S.p.A. e dei provvedimenti ulteriori.”, riproponendo, sostanzialmente, le censure di cui al ricorso introduttivo, in aggiunta alle quali sviluppava ulteriori profili, quale la possibilità degli Istituti di vigilanza di svolgere l'attività indicata, essendo abilitati allo svolgimento della vigilanza in ogni sua forma ed anche in quella della vigilanza venatoria, senza la necessità di una puntuale indicazione in oggetto sociale o camerale, essendo piuttosto necessario il contrario e cioè che tale tipologia di vigilanza sia espressamente esclusa, per un verso, e, dall'altro, la circostanza che non sarebbero le società in quanto tali a dover essere in possesso dei requisiti previsti dagli articoli 43 e 44 della legge regionale 33/1997, ma le singole guardie dipendenti dalle medesime società, ben potendo gli istituti di vigilanza avvalersi di personale che conseguiva, dopo l'aggiudicazione, uno specifico titolo abilitativo.

Diversamente, dovrebbe ritenersi che la legislazione regionale sia configurata in modo tale da sottrarre l'affidamento di tale tipologia di appalto al libero mercato dei prestatori di servizi di vigilanza.

Con i motivi sesto, settimo ed ottavo la ricorrente, in subordine, sollevava, contro la ammissione della Vigilanza Venatoria e Ambientalista S.r.l., una serie di ulteriori censure, quali la carenza, in capo alla società, della licenza prefettizia di cui all'art. 134 e ss. del TULPS nonché plurime violazioni delle norme di legge relative all'istituzione e soppressione di società partecipate dall'ente locale.

In data 23.1.2012 si costituivano in giudizio l'Am.ne resistente e la controinteressata, sollevando eccezioni in rito (tardività dei ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti, inammissibilità per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva) e, nel merito, sostenendo la legittimità della disposizione del bando escludente gli istituti di vigilanza, alla luce delle peculiarità della legislazione siciliana e tenuto

conto dei pareri emessi dalle Prefetture sulla questione.

Con motivi aggiunti del 30.1.2012 la ricorrente esponeva di aver appreso (solo) in data 24.01.2012, giusto deposito del relativo documento fatto dalla Provincia di Messina, dell'esistenza del provvedimento di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva della gara alla società Vigilanza venatoria e Ambientalista Srl, avverso la quale deduceva ulteriori censure di invalidità derivata.

Con ordinanza n.152/2012 la Sezione accoglieva la domanda cautelare ai soli fini della fissazione dell'udienza di trattazione del ricorso.

Le parti hanno prodotto memorie in vista dell'Udienza, ribadendo le proprie tesi.

La controinteressata ha altresì chiesto l'acquisizione istruttoria di una nota ministeriale che sarebbe "favorevole alle tesi della Vigilanza venatoria e Ambientalista Srl" e di sentenze del TAR Palermo alle quali fa riferimento altra nota (prodotta in altro giudizio avanti al TAR Palermo) del Ministero degli Interni.

A sua volta la ricorrente ha prodotto il provvedimento n. 0065963 del 3 luglio 2012 del Dirigente della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture - Ufficio VICO-NA5 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, dalla quale si desume un'istruttoria in corso sulla gara per cui è causa.

All'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012, dopo la trattazione orale della causa, la stessa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I. Preliminarmente il collegio prende in esame le eccezioni in rito sollevate dalla difesa della Provincia, ma le ritiene infondate.

Per quanto riguarda la pretesa tardività del ricorso, il quale sarebbe stato notificato, secondo l'Amministrazione, solo in data 29 novembre 2011,

quindi due giorni dopo la scadenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso (termine decorrente dal 28 ottobre 2011, data di pubblicazione del bando su GURS), l'eccezione è destituita di fondamento in punto di fatto, atteso che il ricorso introduttivo risulta consegnato al competente ufficio notificazioni in data 28 novembre 2011, quindi in tempo utile, considerato che il 27 novembre 2011 era domenica, quindi il termine di scadenza era prorogato di diritto al giorno successivo non festivo. Va ricordato che, a seguito della sentenza della Corte cost. 26 novembre 2002 n. 477, gli effetti della notificazione debbono essere ricollegati, per quanto riguarda il notificante, al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge.

Analogo discorso vale per il ricorso per motivi aggiunti, il quale risulta consegnato al competente ufficio notificazioni in data 22 dicembre 2011, quindi in tempo utile rispetto alla scadenza del termine per impugnare il verbale di esclusione, avvenuta nella seduta del 22 novembre 2011.

II. E' altresì infondata l'eccezione di pretesa carenza di interesse ad agire e procedibilità della domanda, con riferimento alla mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la quale è stata invero impugnata con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

III. Il Collegio ritiene di non poter dare corso alla richiesta della controinteressata di acquisire, in via istruttoria, una nota della Prefettura di Caltanissetta, datata 17 ottobre 2011, della cui esistenza la controinteressata ha appreso dalla lettura altra nota della prefettura di Caltanissetta, datata 22 marzo 2012, esibita nell'ambito di altro giudizio pendente avanti al Tar di Palermo, nonché una sentenza di quest'ultimo Tribunale, citata nella nota stessa, sentenza che la controinteressata non sarebbe riuscita a rinvenire.

Infatti, si tratta di documenti estranei al presente giudizio, afferenti ad

altro contenzioso, pendente avanti al Tar Palermo, ed essendo irrilevante che la Prefettura di Caltanissetta possa aver espresso, in detta sede, un parere che gioverebbe alla tesi della controinteressata,.

IV. Il Collegio procede all'esame del ricorso introduttivo, e ritiene fondata la prima censura, con la quale, come meglio esposto in premesse, si lamenta l'illegittimità del bando di gara per avere richiesto ai concorrenti di certificare l'iscrizione alla CCIAA per lo specifico servizio oggetto dell'appalto oltre che il possesso dei requisiti previsti dall'articolo 44 della L.R. 33/1997.

Al riguardo, parte ricorrente lamenta che la prescrizione in questione comporta un illegittimo restringimento della platea dei concorrenti, violando la normativa statale di cui alla legge 157 del 1992, che consente lo svolgimento dell'attività di vigilanza venatoria anche alle guardie private giurate; a riprova, l'unico soggetto iscritto presso la camera di commercio per il settore della vigilanza sulla caccia e sulla pesca ai sensi dell'articolo 44 della legge regione siciliana 33 del 1997 è la controinteressata, il che comprova che il bando è eccessivamente restrittivo, tale da consentire la partecipazione ed aggiudicazione a una sola azienda.

Le difese della Provincia e della controinteressata sono incentrate sulle differenti formulazioni adottate dalla normativa statale e da quella regionale: la prima infatti consente espressamente l'affidamento della vigilanza venatoria, tra gli altri soggetti, alle guardie giurate private, invece la normativa regionale non ha ripetuto tale disposizione, di guisa che gli istituti di vigilanza privati non dovrebbero ritenersi autorizzati a svolgere servizi di vigilanza venatoria ed ambientalista .

Il Collegio ritiene di non condividere tale ricostruzione.

La L. 11-2-1992 n. 157 (relativa alla protezione della fauna selvatica)

stabilisce, all'art. 27 (Vigilanza venatoria) quanto segue:

"1. La vigilanza sulla applicazione della presente legge e delle leggi regionali è affidata:

"a) agli agenti dipendenti degli enti locali delegati dalle regioni. A tali agenti è riconosciuta, ai sensi della legislazione vigente, la qualifica di agenti di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza. Detti agenti possono portare durante il servizio e per i compiti di istituto le armi da caccia di cui all'articolo 13 nonché armi con proiettili a narcotico. Le armi di cui sopra sono portate e detenute in conformità al regolamento di cui all'articolo 5, comma 5, della legge 7 marzo 1986, n. 65 ;

"b) alle guardie volontarie delle associazioni venatorie, agricole e di protezione ambientale nazionali presenti nel Comitato tecnico faunistico-venatorio nazionale e a quelle delle associazioni di protezione ambientale riconosciute dal Ministero dell'ambiente, alle quali sia riconosciuta la qualifica di guardia giurata ai sensi del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 .

"2. La vigilanza di cui al comma 1 è, altresì, affidata agli ufficiali, sottufficiali e guardie del Corpo forestale dello Stato, alle guardie addette a parchi nazionali e regionali, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, alle guardie giurate comunali, forestali e campestri ed alle guardie private riconosciute ai sensi del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; è affidata altresì alle guardie ecologiche e zoofile riconosciute da leggi regionali.

"3. omissis.

"4. La qualifica di guardia volontaria può essere concessa, a norma del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, a cittadini in possesso di un attestato di idoneità rilasciato dalle regioni previo superamento di

apposito esame. Le regioni disciplinano la composizione delle commissioni preposte a tale esame garantendo in esse la presenza tra loro paritaria di rappresentanti di associazioni venatorie, agricole ed ambientaliste.

"Omissis".

A sua volta, la L.R. 1-9-1997 n. 33 (Norme per la protezione, la tutela e l'incremento della fauna selvatica e per la regolamentazione del prelievo venatorio. Disposizioni per il settore agricolo e forestale), dopo aver previsto, all'art. 43, tra l'altro, che l'attestato di idoneità previsto dall'articolo 27, comma 4, della legge 11 febbraio 1992, n. 157, è rilasciato dall'Assessore regionale per l'agricoltura e le foreste, stabilisce, all'art.44, quanto segue:

"1. La vigilanza venatoria è esercitata secondo le norme di cui all'articolo 27 della legge 11 febbraio 1992, n. 157, con le integrazioni di cui ai commi successivi.

"2. La vigilanza sull'applicazione della presente legge è affidata ai dirigenti tecnici forestali e ai sottufficiali e guardie del Corpo forestale della Regione siciliana, al personale delle ripartizioni faunistico-venatorie, alle guardie addette ai parchi regionali, agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, alle guardie dei servizi istituiti dalle province regionali e dai comuni, anche tramite società miste, alle guardie giurate comunali forestali e campestri ed alle guardie volontarie delle associazioni venatorie ed ambientaliste riconosciute in sede regionale agli effetti della presente legge.

"Omissis".

Sulla base di tale quadro normativo, il Collegio ritiene di non poter condividere la tesi secondo la quale la legislazione regionale, a differenza di quella statale, non consentirebbe l'affidamento del servizio di

vigilanza venatoria alle “guardie private riconosciute ai sensi del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza”, sol perché tale inciso non è stato espressamente riprodotto nel citato articolo 44: infatti, dovendosi scrutinare una disposizione normativa interna alla luce degli obblighi di massima partecipazione, non discriminazione, libera concorrenza, parità di trattamento, discendenti dal Trattato dell'Unione europea, occorre anzitutto ricercare un'interpretazione che consenta la compatibilità della norma interna con quella comunitaria, dovendosi, altrimenti, procedere a disapplicazione della prima.

L'interpretazione delle previsioni contenute nel bando di gara deve essere effettuata con riferimento al principio di conservazione di cui all'art. 1367, c.c., per cui deve essere privilegiata quell'interpretazione che rende l'atto conforme al diritto comunitario ed, in particolare, al principio di massima tutela della concorrenza tra imprese.

La tesi proposta dall'Amministrazione e dalla controinteressata, circa l'esclusione dalla partecipazione ad una gara pubblica per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza venatoria degli istituti di vigilanza privata, peraltro ammessi a partecipare in tutte le altre regioni, risulterebbe illogicamente ed illegittimamente restrittiva della concorrenza.

Il servizio di vigilanza venatoria non appare estraneo ai principi comunitari in tema di commesse pubbliche (concorsualità, parità di trattamento, non discriminazione, concorrenzialità), alla luce dei quali deve essere quindi letta la disciplina di cui all'art. 44, l. rg. Sicilia n. 33/97.

Al riguardo, la mancata riproduzione nella normativa regionale dell'inciso riferito alle guardie private non può ritenersi di per sé ostativa: infatti, la normativa regionale, laddove attribuisce tali funzioni,

tra le altre, "alle guardie dei servizi istituiti dalle province regionali e dai comuni, anche tramite società miste", implica che, qualora la provincia, anziché gestire con propri dipendenti ovvero con proprie società miste il servizio, ritenga di affidarlo mediante procedura ad evidenza pubblica, dovrà prevedere la partecipazione, secondo le ordinarie regole, degli operatori economici in possesso di adeguata qualificazione nel settore della vigilanza, tra i quali gli istituti di vigilanza privata, fermo restando che gli stessi dovranno poi avvalersi, per l'espletamento del servizio, di dipendenti in possesso dell'attestato di idoneità previsto dall'articolo 27, comma 4, della legge 11 febbraio 1992, n. 157 e 43 la L.R. 1-9-1997 n. 33. In altri termini, le guardie giurate, dipendenti da tali istituti, che verranno concretamente impiegate per la vigilanza venatoria ed ambientale, dovranno essere in possesso dell'attestato di idoneità in questione, che non può, evidentemente, essere richiesto al soggetto imprenditoriale che partecipa alla gara.

D'altra parte, sarebbe del tutto irrazionale ritenere che la vigilanza in questione possa essere espletata perfino da guardie volontarie, ma non da istituti di vigilanza che annoverino dipendenti in possesso dell'attestato in questione.

Per quanto riguarda l'ulteriore questione agitata dalla controinteressata, secondo la quale detti soggetti non potrebbero, poi, espletare in concreto i poteri coercitivi privati, integranti gli estremi della pubblica funzione, inconciliabili con il dettato dell'articolo 134 TULPS, occorre rilevare che la stessa controinteressata ha prodotto le circolari regionali 1 febbraio 1999 n. 267 e 2 febbraio 1999 n.268, le quali, ricordato che in Sicilia la vigilanza venatoria volontaria è esercitata da un insieme di soggetti, alcuni dei quali privi della qualifica di ufficiale o agenti di polizia giudiziaria, che assumono la qualifica di guardia giurata, ovvero

rivestono tale qualifica riconosciuta ai sensi del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, precisano che questi ultimi, nell'esercizio dell'attività di vigilanza, dovranno trasmettere gli eventuali redatti verbali di infrazione al dirigente coordinatore della ripartizione faunistico venatoria; ciò perché il potere di contestazione compete agli operatori che rivestono la qualifica di agenti di polizia giudiziaria; non avendo le guardie giurate e le guardie particolari la qualifica di agenti di polizia giudiziaria.

D'altra parte, la Giurisprudenza esclude la qualifica di agenti di polizia giudiziaria in capo ad alcuni soggetti, quali le guardie volontarie delle associazioni di protezione ambientale, (Consiglio Stato sez. VI, 26 gennaio 2007 n. 298), pur potendo agli stessi essere demandata l'attività di vigilanza venatoria.

Pertanto, neanche tale argomento è idoneo a far concludere nel senso della limitazione dei citati operatori privati alla partecipazione alle gare d'appalto.

Conclusivamente, attesa la fondatezza della censura in questione, il bando di gara deve essere annullato, avendo illegittimamente e ristretto la platea dei concorrenti.

V. Quanto alle altre censure sollevate avverso il bando di gara, per quanto riguarda il secondo motivo di ricorso, con il quale si lamenta l'avvenuta redazione del progetto tecnico da parte della controinteressata (questione sulla quale l'Amministrazione non ha offerto elementi di chiarezza, neppure all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, come risulta dalla relativa comunicazione, prodotta dalla ricorrente, mentre la controinteressata si è limitata a smentire genericamente di essersi occupata del progetto tecnico, senza tuttavia spiegare come mai in calce allo stesso risulti menzionata la propria

denominazione sociale), pure a ritenere, anche ai sensi dell'articolo 116 c.p.c., comprovata la circostanza, dalla stessa comunque conseguirebbe il divieto di partecipazione alla gara, ex articolo 90 del codice degli appalti, per il soggetto affidatario dell'incarico di progettazione; ma perché la gara risulta comunque travolta per effetto dell'annullamento del bando, la ricorrente non mantiene l'interesse all'esame della censura.

Quanto al terzo motivo di ricorso, con il quale si lamenta l'insufficienza dei costi indicati per il personale e mezzi, si tratta di censura inammissibile per genericità.

VI. Tutte le rimanenti censure (formulate sia nel ricorso introduttivo che nei motivi aggiunti) risultano improcedibili, non mantenendo la ricorrente alcun interesse all'esame dei motivi di ricorso relativi a fasi successive della gara, ivi incluse le questioni relative alla costituzione della Società controinteressata, espressamente formulate ai fini di sindacare l'ammissione alla gara: infatti, una volta annullato il bando, nessun interesse residua alla deliberazione di questioni attinenti ad una procedura di gara travolta dall'annullamento del bando.

VII. Conclusivamente, il ricorso viene accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, ponendo le stesse a carico della Provincia; il Collegio ritiene invece di disporre l'integrale compensazione nei riguardi della controinteressata, avuto riguardo alla novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, lo accoglie ricorso secondo quanto

precisato in motivazione.

Condanna la Provincia Regionale di Messina a rifondere alla ricorrente spese e compensi di giudizio, liquidati nella misura di € 3.000,00 oltre IVA, CPA e C.U. Ne dispone l'integrale compensazione nei riguardi della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Catania nella camera di consiglio dei giorni 7 novembre 2012 e 21 novembre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2012

IL SEGRETARIO

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