

Non si possono configurare i beni stradali (le strade in quanto tali e la loro rete costituiscono già di per sé un'utilità giuridica diretta per la collettività (non solo locale) in virtù della loro utilizzazione da parte d'un numero indeterminato di pers

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Appare molto interessante riportare alcune considerazioni tratte dalla sentenza numero 4315 dell'11 maggio 2007 del Tar Lazio, Roma, relativamente al fatto che il Comune di Roma abbia considerato

come un appalto di servizio pubblico locale:

<L'ente locale non può tuttavia evadere dal rigoroso disposto del citato art. 112, c. 1, in virtù del quale gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici, che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a pro-muovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

A tal riguardo, il Collegio ritiene di non doversi discostare dalla giurisprudenza consolidata, per cui sono indifferentemente servizi pubblici locali, a'sensi del ripetuto art. 112, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e/o come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali.

Non basta allora predicare che gli enti locali ed il Comune in particolare, siano enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (cfr l'art. 3 del Dlg 267/2000) —nel senso che essi hanno la facoltà di de-terminare da sé i propri scopi—, per consentire loro di sussumere un qua-lunque oggetto nella forma del servizio pubblico locale.

La genericità dell'art. 112 certo si spiega con la circostanza che il Comune può discrezionalmente decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della collettività locale di riferimento, intenda assumere come dove-rose, a condizione, però, che vi sia l'effettività della produzione ex novo di beni ed attività, dapprima non esistenti>

Nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici romani inoltre:

< la demanialità delle strade del Comune intimato, tale dovendosi intendere almeno per quelle del sistema della Grande Viabilità, è in se stessa la manifestazione giuridica di res di per sé già prodotti finiti ed è perciò esclusivamente preordinata, non essendo riconoscibile nelle strade stesse altro fine, alla soddisfazione dell'interesse collettivo alla mobilità ed al trasporto all' interno del territorio comunale.

Sicché la proprietà pubblica è l'utilità giuridica strumentale alla domanda collettiva di mobilità —dove la non necessità, in capo al Comune proprietario, d'organizzare alcunché per produrre ciò che è già nel suo patrimonio pubblico—, mentre la sicurezza non è che il processo d'adeguamento costante ed incessante di tali utilità, come evincesi dall'art. 14, c. 1 del Codice della strada nei riguardi dell'ente proprietario, a che la fluidità del traffico non comprometta beni giuridici indisponibili della collettività.>

Meglio sarebbe quindi stato:

<In realtà, nella specie, la definizione primigenia dell'appalto de quo, ossia quella contenuta nei documenti comunali del 2004 ed intesa ad assimilarlo ad **una concessione d'opera pubblica**, s'appalesa, pur se per alcuni aspetti, la più corretta ed aderente al tipo di prestazioni dedotte, ancorché il complesso dei servizi sia configurato come stipulazione pure a favore di terzo (ossia della collettività fruitrice del patrimonio della Grande Viabilità).

E ciò appare più rilevante, se si considera che è lo stesso Comune a far presente che, quantunque siano previsti pure servizi, il valore economico delle opere realizzande è ben superiore a quello di questi ultimi.

Invero, ben s'evince dalla finalità della concessione ex art. 1 del capitolato d'oneri come essa sia appunto preordinata alla gestione integrata delle strade comprese nella Grande Viabilità, nella conseguente attività di programma-zione ed esecuzione di manutenzioni straordinarie ed ordinarie e nelle attività di sorveglianza, vigilanza e pronto intervento per aumentare le condizioni di sicurezza e di corretta funzionalità delle superfici carrabili e pedonali, nonché delle loro pertinenze>

Ma ancora più importante
è la seguente affermazione:

< È appena da osservare che, essendo uno dei tratti distintivi dell'appalto di servizi dalla concessione di servizio pubblico il destinatario della prestazione, nella specie non si può configurare la concessione di servizio pubblico sol perché questi sia l'utente, giacché, in disparte tutte le considerazioni fin qui viste, le prestazioni di servizio del concessionario sono direttamente inerenti ai lavori e quindi a favore della p.a. appaltante e, quando sono rivolte ai fruitori della rete stradale, non è che una stipulazione a favore di terzo.

>

numerosi sono gli altri argomenti trattati nella sentenza emarginata, tra cui abbiamo scelto il seguente:

< Infine, è infondata la censura dell'ATI aggiudicataria, con cui si contesta che la polizza fideiussoria, prodotta dall'ATI ricorrente per la cauzione provvisoria, possa legittimamente coprire pure la responsabilità dell'impresa cooptata.

Infatti e ferma la duplice natura indennitaria (per la mancata sottoscrizione del contratto) e sanzionatoria della cauzione provvisoria (per il caso di altri inadempimenti procedurali da parte dell'impresa partecipante alla gara), solo nel caso di costi-tuenda ATI vige il principio per cui l'intestazione della relativa polizza alla sola mandataria non copre la responsabilità delle mandanti

. Viceversa, per le imprese cooptate a' sensi dell'art. 95, c. 4 del DPR 554/1999, tale regola non ha senso, in quanto l'ob-bligo d'intestare tal polizza fideiussoria non già alla sola capogruppo desi-gnata, ma anche alle mandanti, si riferisce all'ipotesi d'una costituenda ATI ordinaria (di tipo verticale od orizzontale, non importa) di cui ai pre-cedenti commi 2 e 3, e non anche al caso della cooptazione, stante appunto la diversa funzione cui tale istituto è preordinato, fin dall'art. 23, c. 6 del Dlg 19 dicembre 1991 n. 406, a favore delle imprese minori e che altrimenti non potrebbero partecipare per mancanza dei presupposti per associarsi in via ordinaria>

a cura di *****

REPVBBLICA
ITALIANA

IN
NOME
DEL
POPOLO
ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N.

Reg. Sent.

Anno

N.

Reg. Gen.

Anno

PER IL LAZIO, SEZ. II

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1384/2007, proposto dalla ** s.c.p.a., corrente in I-vrea (TO), in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la Cons.Coop., la ** s.r.l., il Consorzio **, la ** s.p.a., la * SERVIZI s.p.a., la ** s.r.l., la ** Costruzioni s.r.l. e l'im-presa ***** **, rappresentata e difesa dagli avvocati ***-vanni e ***** ed elettivamente domiciliata in Roma, al corso del Rinascimento n. 11;

CONTRO

il COMUNE DI ROMA, in persona del sig. Sindaco pro tempore, rappresen-tato e difeso dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via del ***** di Giove n. 21;

E

NEI

CONFRONTI

- della ** GESTIONI s.p.a., corrente in Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con il Consorzio Strade Sicure - ** e la ** LA-VORI s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati ***** , ***-cardo ***** e ***** VINTI ed elettivamente domiciliata in Roma, al-la via Po n. 22 e

- della ** Facility Management s.p.a., corrente in Zola Pre-dosa (BO), in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI ** ** **+

PER

L'ANNULLAMENTO

A) - della determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, cono-sciuta l'11 gennaio 2007, con cui il Comune di Roma ha aggiudicato alla controinteressata ATI ** Gestioni s.p.a. la concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale, relativo alla Grande Viabilità, di cui alla gara indetta dal Co-mune stesso con il bando pubblicato all'albo pretorio dal 30 dicembre 2005; B) - di tutti gli atti presupposti e, in particolare, dell'ammissione a detta gara di entrambe le ATI controinteressate, della valutazione delle loro of-ferte e della graduatoria provvisoria, di cui al verbale del seggio di gara in data 19 ottobre 2006, nella parte in cui colloca l'ATI ** Gestioni s.p.a. al primo posto e l'ATI ** al secondo; C) - nonché d'ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale e, in particolare, degli even-tuali provvedimenti d'affidamento dell'appalto e della stipulazione del re-lativo contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 18 aprile 2007 il Cons. Silvestro ***** e uditi altresì, per le parti, il prof. ***** e gli avvocati ***** , ***** , VINTI, ***** , ***** e PISELLI;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato all'Albo pretorio dal 31 dicembre 2005 al 12 aprile 2006, il Comune di Roma ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento in concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale (Grande viabilità), da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta per tutto il periodo della concessione (2006/ 2014) pari a € 576.666.672,00, più IVA.

A detta gara ha chiesto di partecipare, tra le altre imprese, anche la ** s.c.p.a., corrente in Ivrea (TO), quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con Cons.Coop., la ** s.r.l., il Consorzio MAXIMUS, la ** s.p.a., la ** SERVIZI s.p.a., la ** s.r.l., la ** Costruzioni s.r.l. e l'impresa ***** **.

Conclusa la fase di valutazione delle offerte, il 19 ottobre 2006 il seggio di gara ha formato la graduatoria provvisoria, nel cui ambito l'ATI MANITALE s'è collocato al terzo posto con punti 75,79507, mentre al primo ed al secondo posto si situano l'ATI di cui è capogruppo mandataria la ** GESTIONI s.p.a. (punti 95,738) e, rispettivamente, l'ATI di cui è capogruppo la ** s.p.a. (punti 81,472). Nella stessa data, il seggio di gara ha inviato le offerte delle ATI prime due graduate all'apposita commissione per la valutazione dell'eventuale anomalia, la quale ha esaminato solo quella dell'ATI ** Gestioni s.p.a. giudicandola congrua. Sicché, con determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, conosciuta l'11 gennaio 2007, il Comune di Roma ha aggiudicato all'ATI ** Gestioni s.p.a. la concessione del pubblico servizio de quo. Nel frattempo, l'ATI ** ha formulato istanza ex art. 6, c. 7, lett. n) del Dlg 12 aprile 2006, n. 163 all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici - AVCP, la quale, con determinazione n. 24 del 6 febbraio 2007, ha espresso parere non vincolante negativo sull'aggiudicazione a favore dell'ATI ** Gestioni s.p.a., ritenendone illegittima l'ammissione a gara per violazione dell'art. 17, c. 9 della l. 11 febbraio 1994, n. 109.

Ciò posto, l'ATI ** si grava innanzi a questo Giudice, con il ricorso in epigrafe, impugnando la determinazione dirigenziale n. 2394/ 2006, la graduatoria provvisoria, l'ammissione a gara d'entrambe le ATI prime due graduate, l'affidamento del servizio e l'eventuale stipulazione del relativo contratto. Al riguardo, l'ATI ricorrente deduce in punto di diritto un articolato gruppo di censure avverso l'ammissione alla procedura di ciascun'ATI controinteressata. Con motivi aggiunti depositati il 1° marzo 2007, l'ATI ricorrente, a seguito dell'ulteriore accesso agli atti di gara avvenuto il precedente 22 gennaio, formula altre censure sull'ammissione a gara di dette ATI. Con ulteriori motivi aggiunti depositati l'11 aprile 2007, la ricorrente lamenta altresì che l'anomalia dell'offerta dell'ATI aggiudicataria è stata valutata non dal Dipartimento XII del Comune (secondo le regole del disciplinare di gara), bensì da un altro ufficio della stazione appaltante e, in particolare, da una commissione tecnica a supporto del responsabile del

procedimento, che peraltro s'è avvalsa d'un esperto esterno, dipendente dalla Risorse per Roma - ** s.p.a.

Resiste in giudizio l'intimato Comune di Roma, che conclude per l'innammissibilità e l'infondatezza della pretesa attorea. Si sono costituite nel presente giudizio pure le due ATI controinteressate, le quali anzitutto propongono articolati gravami incidentali avverso, a loro volta, l'ammissione dell'ATI ricorrente e, nel merito, concludono per l'infondatezza del ricorso principale.

Dopo la trattazione orale svoltasi all'udienza del 18 aprile 2007, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. - Viene all'odierno esame del Collegio l'impugnazione qui spiegata dalla ** s.c.p.a., corrente in Ivrea (TO) e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con un nutrito novero di altre imprese, avverso le operazioni di gara effettuate dal Comune di Roma per l'affidamento in concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale (Grande viabilità).

Per una più agevole comprensione della res controversa, reputa opportuno il Collegio brevemente ripercorrere i passaggi attraverso cui il Comune intimato è pervenuto all'assetto della gara e dar altresì contezza del relativo oggetto. Invero e come meglio si vedrà in prosieguo, sulle regole d'ammissione a gara e sul contenuto delle prestazioni dedotte in concessione vertono in sostanza sia il gravame introduttivo, sia le impugnazioni incidentali proposte dalle ATI prime due classificate in graduatoria.

2. - Ciò posto, con memoria depositata il 28 giugno 2004 agli atti del Segretariato generale del Comune di Roma, l'Assessore pro tempore ai ll. pp., richiamati l'imminente scadenza degli appalti per la manutenzione ordinaria della viabilità principale comunale e lo stato, la natura e la qualità costruttiva del patrimonio viario, espresse l'avviso alla Giunta comunale circa l'inefficacia e l'eccessivo costo di siffatta manutenzione ed in ordine alla predisposizione d'un «... estensivo programma di manutenzione straordinaria che consente, nel tempo, la graduale innovazione costruttiva delle sedi stradali nel loro complesso con particolare attenzione alla rete di raccolta delle acque piovane attivando contestualmente la manutenzione ordinaria...».

Non potendo, tuttavia, il bilancio comunale affrontare il costo di tale programma e richiedendo quest'ultimo «... un coordinamento tra esecuzione dei lavori e messa in esercizio del patrimonio stradale rinnovato...», si suggerì l'unicità dell'esecuzione d'entrambe le prestazioni. Tanto nella considerazione che tale unicità «... può garantire la qualità degli interventi e la loro durabilità... (e che) correlare l'esecuzione delle opere di manutenzione straordinaria alla successiva gestione delle stesse consente di responsabilizzare l'esecutore ricadendo su se stesso il maggiore onere di una scarsa qualità del proprio intervento...». Essendo stati perciò enucleati quattro obiettivi da perseguire (innovazione del patrimonio stradale; attivazione della gestione ordinaria delle strade così innovate rendendo corresponsabile l'esecutore per la manutenzione straordinaria; graduazione nel tempo delle risorse finanziarie occorrenti;

eliminazione della spesa, a valere sui fondi ordinari, per il pronto intervento e la sorveglianza), si suggerì, quale strumento più acconcio al riguardo, la concessione di lavori pubblici ex art. 19, c. 2 della l. 11 febbraio 1994 n. 109. Tal concessione, da affidare con procedure d'evidenza pubblica, s'appalesò peraltro più opportuna e coerente, anche in relazione alla natura delle prestazioni (susceptibili di ritorno economico per il concessionario) ed alla durata del rapporto, con l'art. 113 del Dlg 18 agosto 2000 n. 267 sulla gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante affidamento congiunto, ove ciò si fosse mostrato più vantaggioso per l'ente.

Tale memoria fu condivisa dalla Giunta comunale nella seduta del 16 luglio 2004, la quale diede mandato all'Assessore ai ll.pp. ed all'Assessore al bilancio per l'avvio delle attività propedeutiche all'aggiornamento della Grande Viabilità. Con la deliberazione giuntale n. 1022 del 22 dicembre 2004, fu poi ridefinito il sistema della Grande Viabilità, relativo a circa 800 km dei ca. 5.500 km del patrimonio stradale, da sottoporre all'intervento integrato dianzi cennato.

In esecuzione della deliberazione n. 1022 stessa, già con nota prot. n. 55987 del 19 ottobre 2004 —seguita da ampio carteggio e varie revisioni fino al 9 novembre 2005 (in atti)—, il Comune di Roma, dip. ll.pp. e manut. urb., incaricò la Risorse per Roma - ** s.p.a., corrente in Roma, dell'attività di supporto agli uffici comunali per la redazione degli atti di gara e del capitolato d'oneri, compresa, tra l'altro, la valutazione e l'analisi dei costi del servizio in concessione e lo studio di fattibilità per ottenere un finanziamento per il tramite d'un mutuo bancario ventennale.

Reperito inoltre il finanziamento in virtù della deliberazione del Consiglio comunale dai Roma n. 187 del 1° agosto 2005, la questione del servizio e della sua appaltabilità fu approfondita in questa deliberazione, nel senso d'erogare «... i necessari stanziamenti finalizzati ad assicurare una gestione unitaria e coordinata delle attività mirate ad interventi di manutenzione straordinaria e ad attività di servizio... (onde) tale progetto verrà realizzato con l'affidamento in concessione di servizi pubblici, per la gestione integrale del patrimonio stradale inerente la grande viabilità... della durata di 9 anni per un costo complessivo di oltre 700 Mln di Euro...». Fu così redatta la memoria congiuntamente sottoscritta da tali Assessori il 2 agosto 2005, ove, alla luce dello stato di consistenza di detto patrimonio e delle criticità inerenti alla Grande Viabilità, furono individuati undici gruppi di interventi necessari (dalla ricostruzione completa di circa il 10% del patrimonio stesso, al ripristino dei conglomerati bituminosi di collegamento ed usura per il 30% di questo, fino alla disostruzione e ricostruzione delle fognature secondarie, al ripristino della segnaletica orizzontale e verticale, ecc.). Sulla scorta di tali obiettivi, furono considerati quattro servizi da affidare uno actu, ossia la manutenzione, il recupero e la valorizzazione di detto patrimonio come definito nella deliberazione giuntale n. 1022/2004, la sorveglianza stradale, il pronto intervento e la centrale di governo, comprensiva della gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i settori.

3.1. - Pertanto, con deliberazione n. 683 del 3 dicembre 2005, la Giunta comunale di Roma, in esecuzione della deliberazione consiliare n. 187/ 2005, ha definito le modalità d'erogazione, con gestione unitaria e coordinata delle relative attività, del servizio relativo alla gestione ed alla manutenzione del patrimonio

stradale della Grande Viabilità; l'affidamento, mediante concessione novennale, del servizio stesso; la fissazione delle attività principali da dedurre in concessione; e la ripartizione, nelle annualità dal 2006 al 2014, della spesa occorrente a siffatto svolgimento.

Con determinazione dirigenziale n. 585 del 21 dicembre 2005, il Comune di Roma ha definitivamente indicato le attività oggetto della concessione (attività di gestione integrata delle infrastrutture stradali comprese nel sistema della Grande Viabilità, mediante la costituzione di una "Centrale di Governo"; attività di sorveglianza, vigilanza, e di pronto intervento, al fine d'accrescere le condizioni di sicurezza delle superfici carrabili e pedonali e delle loro pertinenze; attività di programmazione, definizione ed esecuzione della manutenzione ordinaria, nonché di progettazione degli interventi di riqualificazione e di manutenzione straordinaria e loro effettiva esecuzione), le cui modalità d'erogazione erano state già poste in quattro documenti (relazione illustrativa e tecnica; documento di stima ed analisi delle quantità; prescrizioni tecniche; capitolato d'oneri) elaborati con il supporto di ** s.p.a. La citata determinazione ha quindi approvato: i predetti documenti; i quadri economici per il finanziamento del servizio; l'indizione della gara; il bando ed il disciplinare di gara per l'affidamento in concessione del servizio in parola. Dal che il bando pubblicato all'Albo pretorio dal 31 dicembre 2005 al 12 aprile 2006, recante l'indizione del pubblico incanto per tal affidamento in concessione novennale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base d'asta pari e € 720 milioni/00, IVA inclusa.

3.2. - Nel corso della procedura, con nota prot. n. 29208 del 5 luglio 2006, il Servizio ispettivo dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - AVL P ha espresso perplessità, peraltro condivise dalla Commissione europea, in ordine alla qualificazione della gara de qua come affidamento d'una concessione di pubblico servizio. L'AVLP ha al riguardo reputato più proprio definirla a guisa d'appalto misto di lavori e servizi, applicandovi di conseguenza il combinato disposto dell'art. 2, c. 1, II per. della l. 109/1994 e dell'art. 3, c. 3, I per. del Dlg 17 marzo 1995 n. 157. Ciò a causa sia dell'assenza nella specie dei presupposti per la concessione (remunerazione mista, gestione funzionale e sfruttamento economico), sia della prevalenza, *ratione materiae* e *muneris*, dei lavori sui servizi, donde l'assoggettamento della gara stessa alla normativa sui ll.pp.

Alla richiesta di chiarimenti, poi reiterati dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - AVCP con le note prot. n. 55058/ISP del 16 ottobre e n. 53779/ISP del 5 dicembre 2006, non consta in atti alcuna risposta del Comune, né altri provvedimenti dell'Autorità. Tuttavia, vi si rinvencono l'articolata risposta del Comune alla Commissione europea e la comunicazione dell'archiviazione della richiesta di chiarimenti da parte di quest'ultima circa siffatta qualificazione.

3.3. - Ritiene sul punto il Collegio fin d'ora chiarire, anche quale base argomentativa per la disamina di talune censure mosse tra le parti, alcuni dati definitivi per quanto attiene alla natura giuridica della gara ed alla conseguente disciplina ad essa applicabile.

Il Collegio non può non tener conto, essendo ciò inserito nei provvedimenti propedeutici alla gara e, in

particolare, nella deliberazione consiliare n. 187/2005 e nella deliberazione giunta n. 683/2005, della definizione della fattispecie come concessione di pubblico servizio locale a'sensi dell'art. 113, commi 4, lett. b) e 7, I per. del Dlg 267/2000. Invero e come s'è accennato dianzi, detta P.A. ha quasi da subito abbandonato l'ipotesi della concessione di ll.pp. ex art. 19, c. 2 della l. 109 /1994 e non ha ritenuto utile alla bisogna l'appalto di global service. Tanto nella considerazione che entrambi gli istituti, non potendo determinare l'effetto traslativo della diretta responsabilità del gestore per gli eventuali danni derivanti agli utenti del patrimonio stradale concessogli dalle sue carenze operative, non dava-no, ad avviso del Comune, la garanzia, tra l'altro, dell'approntamento d'una serie di nuovi e più moderni servizi alla collettività fruitrice del patrimonio stesso.

Si può tralasciare, non avendo rilevanza nei rapporti tra la P.A. e le parti, che essa ha invece adoperato proprio l'ipotesi del global service quale argomento di difesa, innanzi alla Sezione ed in appello, nella trattazione del ricorso n. 2307/2006 (** s.r. l./Comune di Roma).

Viceversa, in ciò appalesandosi ad avviso del Collegio l'elemento ermeneutico più significativo per comprendere la procedura poi messa in pratica, la citata memoria assessoriale del 2 agosto 2005 partì dalla considerazione del concetto di «bene patrimoniale viario» da ricomprendere non tra i beni propriamente detti, ma nell'ambito dei servizi pubblici locali delineati dal tit. V del Dlg 267/2000. Il Comune ha così inteso esprimere, sottoponendo i beni viari (o, perlomeno, quelli afferenti al sistema della Grande Viabilità) al regime del servizio pubblico, una visione dinamica del patrimonio stesso, finalizzato alla soddisfazione dell'interesse collettivo alla mobilità ed al trasporto all'interno del territorio comunale. Siffatto interesse, invero, sarebbe stato garantito dall'approntamento non solo delle singole strade, ma anche mediante il complesso dei servizi correlati a detti beni. In tal modo, ad avviso del Comune, sarebbe possibile considerare unitariamente tali vicende, sì da consentirne la qualificazione a'sensi dell'art. 112, c. 1 del Dlg 267/2000, ossia come l'insieme di beni e attività preordinate a rispondere all'esigenza di circolazione nel territorio.

In tutta franchezza, la tesi del Comune intimato, da cui esso inferisce la sicura qualificazione dell'appalto come concessione di pubblico servizio ex art. 113 del Dlg 267/2000 —con tutte le conseguenze in ordine alla prevalenza del servizio sui lavori e, per farla breve, alla soggezione della gara al Dlg 157/1995—, è suggestiva, ma non convince.

Non è qui in discussione, non avendo formato oggetto di gravame, né la particolare innovatività dell'oggetto dell'appalto, ché, anzi e depurata da alcuni aspetti definitivi non corretti, s'appalesa seria e legittimamente ri-producibile in altri contesti. Né tampoco può il Collegio sindacare, perché non contestato dalle parti, il contenuto delle regole procedurali adoperate per raggiungere gli obiettivi posti dalle citate deliberazioni, ancorché non è chi non veda come la rigidità delle norme d'ammissione e sulla produzione documentale abbia determinato gran parte dell'odierno contenzioso, donde l'opportunità d'una forte semplificazione dell'accertamento documentale, a vantaggio del rigore sull'aspetto tecnico dell'appalto. E neppure spetta al Collegio di sindacare la discrezionalità dell'ente locale in ordine all'approntamento ed all'organizzazione dei suoi servizi, non essendovi al riguardo un

obbligo precipuo di gestire le proprie reti direttamente, anziché affidarle in concessione con le forme dei commi 5 e 7 del medesimo art. 113.

L'ente locale non può tuttavia evadere dal rigoroso disposto del citato art. 112, c. 1, in virtù del quale gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici, che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. A tal riguardo, il Collegio ritiene di non doversi discostare dalla giurisprudenza consolidata (cfr., per tutti, Cons. St., V, 9 maggio 2001 n. 2605; id., 16 dicembre 2004 n. 8090; id., 22 dicembre 2005 n. 7345), per cui sono indifferentemente servizi pubblici locali, a sensi del ripetuto art. 112, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e/o come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. Non basta allora predicare che gli enti locali ed il Comune in particolare, siano enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (cfr. l'art. 3 del Dlg 267/2000) —nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi—, per consentire loro di sussumere un qualunque oggetto nella forma del servizio pubblico locale. La genericità dell'art. 112 certo si spiega con la circostanza che il Comune può discrezionalmente decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della collettività locale di riferimento, intenda assumere come doverose (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 13 dicembre 2006 n. 7369), a condizione, però, che vi sia l'effettività della produzione ex novo di beni ed attività, dapprima non esistenti.

Ecco, appunto in ciò consiste l'impossibilità di configurare i beni stradali, che già appartengono agli enti e soggiacciono al regime demaniale ex art. 824 c.c., a guisa di servizio pubblico nel senso testé evidenziato.

Per vero, le strade in quanto tali e la loro rete costituiscono già di per sé un'utilità giuridica diretta per la collettività (non solo locale), per il solo fatto, cioè, della loro utilizzazione da parte d'un numero indeterminato di persone. Non v'è la possibilità, quindi e con riferimento all'art. 112, di organizzarle in forma di servizio, perché tale scelta non implica alcun vero valore aggiunto, in termini di maggior fruibilità o di sicurezza, per meglio soddisfare le esigenze sociali indicate nella norma, che già la loro proprietà pubblica non sia in grado d'assicurare. In parole più semplici, la demanialità delle strade del Comune intimato, tale dovendosi intendere almeno per quelle del sistema della Grande Viabilità, è in se stessa la manifestazione giuridica di res di per sé già prodotti finiti ed è perciò esclusivamente preordinata, non essendo riconoscibile nelle strade stesse altro fine, alla soddisfazione dell'interesse collettivo alla mobilità ed al trasporto all'interno del territorio comunale. Sicché la proprietà pubblica è l'utilità giuridica strumentale alla domanda collettiva di mobilità —dove la non necessità, in capo al Comune proprietario, d'organizzare alcunché per produrre ciò che è già nel suo patrimonio pubblico—, mentre la sicurezza non è che il processo d'adeguamento costante ed incessante di tali utilità, come evincesi dall'art. 14, c. 1 del Codice della strada nei riguardi dell'ente proprietario, a che la fluidità del traffico non comprometta beni giuridici indisponibili della collettività.

Si può certo convenire con il Comune intimato sul fatto che, essendo la Grande Viabilità una rete, se si

potesse trattare le strade a guisa di pubblico servizio, non vi sarebbero preclusioni ad affidarne la gestione integrata ad un'impresa qualificata, previo esperimento d'una gara ad evidenza pubblica, paritaria e non discriminatoria (cfr. C. giust. CE, I, 6 aprile 2006 n. 410) a'sensi del combinato disposto dei commi 4, 5 e 7 dell'art. 113. Infatti, l'art. 17 della dir. n. 2004/18/CE, nell'affermare l'inapplicabilità delle re-gole dell'evidenza pubblica alle concessioni di servizi di cui al precedente art. 1, § 4, fa comunque salvo il disposto dell'art. 3 sull'obbligo di non discriminazione e, in ogni caso, non esclude formule più stringenti di scelta del concessionario (cfr. Cons. St., IV, 17 gennaio 2002 n. 253).

3.4. - In realtà, nella specie, la definizione primigenia dell'appalto de quo, ossia quella contenuta nei documenti comunali del 2004 ed intesa ad assimilarlo ad una concessione d'opera pubblica, s'appalesa, pur se per alcuni aspetti, la più corretta ed aderente al tipo di prestazioni dedotte, ancorché il complesso dei servizi sia configurato come stipulazione pure a favore di terzo (ossia della collettività fruitrice del patrimonio della Grande Viabilità).

E ciò appare più rilevante, se si considera che è lo stesso Comune a far presente che, quantunque siano previsti pure servizi, il valore economico delle opere realizzande è ben superiore a quello di questi ultimi. Invero, ben s'evince dalla finalità della concessione ex art. 1 del capitolato d'onere come essa sia appunto preordinata alla gestione integrata delle strade comprese nella Grande Viabilità, nella conseguente attività di programmazione ed esecuzione di manutenzioni straordinarie ed ordinarie e nelle attività di sorveglianza, vigilanza e pronto intervento per aumentare le condizioni di sicurezza e di corretta funzionalità delle superfici carrabili e pedonali, nonché delle loro pertinenze. Al riguardo, è *jus receptum* che, nel caso in cui un affidamento pubblico contempra l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione d'un servizio, la linea di demarcazione tra i due istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio e l'esecuzione dei lavori, nel senso che solo là dove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera (p.es., perché consente il reperimento o il non depauperamento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione) si configura una concessione di ll.pp. (cfr. Cons. St., IV, 30 maggio 2005 n. 2804).

Ebbene, per un verso, è ben nota la definizione di concessione di ll.pp., contratto a titolo oneroso, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la cui controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera, o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cfr., p.es., C. giust. CE, II, 27 ottobre 2005 n. 187). Nella specie, il concessionario deve realizzare le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, compresa l'innovazione tecnico-costruttiva di quell'aliquota di strade che vanno interamente o in gran parte ricostruite alla luce delle prescrizioni tecniche dedotte in *lex specialis*. Ma esso è anche responsabile per il rischio economico di gestione (arg. ex C. giust. CE, 18 maggio 2000 n. 324), per tutta la durata della concessione, delle opere costruite o ricostruite, nel senso, cioè, della ridotta o mancata remunerazione della gestione stessa in relazione al relativo andamento. Sicché si ha concessione non solo quando il concessionario possa ritrarre un utile diretto, mercé il pagamento d'un prezzo da parte dei fruitori, dalla gestione dell'opera da lui realizzata, ma anche nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prodotto divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto, però, a condizione che come, nella specie ed

attraverso un complesso di meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle varie prestazioni (p.es., rilevazioni e visite ispettive su loro effettuazione e rendimento, applicazione di penali, obbligo di continuità delle prestazioni verso l'utenza stradale, ecc.), il concessionario, pur ottenendo l'intero prezzo pattuito, in realtà se ne vedrà ridurre tante quote quante inadempienze qualitative nello svolgimento dell'appalto compierà verso l'utenza medesima. Insomma, invece d'una remunerazione mista di prezzo e tariffa e/o corrispettivo, la concessione sarà retribuita con il prezzo diminuito dalle inadempienze qualitative della gestione dell'opera, pur se accertato non dallo sfavore del mercato, bensì dal Comune stipulante per il mancato gradimento da parte della collettività.

È appena da osservare che, essendo uno dei tratti distintivi dell'appalto di servizi dalla concessione di servizio pubblico il destinatario della prestazione, nella specie non si può configurare la concessione di servizio pubblico sol perché questi sia l'utente, giacché, in disparte tutte le considerazioni fin qui viste, le prestazioni di servizio del concessionario sono direttamente inerenti ai lavori e quindi a favore della p.a. appaltante e, quando sono rivolte ai fruitori della rete stradale, non è che una stipulazione a favore di terzo.

Per altro verso, la parte dell'appalto relativa ai servizi è certo non marginale, ma non costituisce, pur nella sua autonomia descrittiva, un quid così fortemente connotato da distinguersi dalla gestione integrata delle opere, fin dalla ricognizione del patrimonio e per tutto il tempo della loro esecuzione e della concessione stessa.

In parole povere, detti servizi sono strumentali alla programmazione, all'esatta esecuzione ed alla messa in sicurezza delle opere concesse e da gestire. Sicché giova rammentare qui il principio per cui, in tema di appalti pubblici, l'ambito d'applicazione della l. 109/1994 è definito dall'art. 2, che non include gli appalti pubblici di servizi, se non nel caso che si tratti di contratti misti, qualora i relativi lavori di costruzione assumano un rilievo economico superiore al 50% (cfr. Cons. St., V, 26 aprile 2005 n. 1902). Il parametro da utilizzare, al fine d'individuare il regime giuridico proprio degli appalti a prestazioni miste o eterogenee, è quello oggettivo, agevolmente sindacabile e per sua natura difficilmente eludibile da ogni diversa preferenza della stazione appaltante, della prevalenza economica della prestazione, con conseguente applicazione della l. 109/1994 nel caso di prevalenza dei lavori, oltre il 50%, su tutte le altre prestazioni (arg. ex Cons. St., VI, 10 luglio 2002 n. 3847).

3.4. - In esito alla procedura, è stata formata la graduatoria di merito, in cui, ferma la terza posizione per l'ATI ricorrente con punti 75,79507, si sono collocati ai primi due posti l'ATI ** Gestioni s.p.a. con punti 95,73766 e l'ATI ** s.p.a. con punti 81,47155.

Con determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, la stazione appaltante ha definitivamente confermato l'aggiudicazione a favore dell'ATI ** Gestioni s.p.a., ritenendone inoltre congrua l'offerta. Il 30 novembre ed il 6 dicembre 2006, il Comune ha consegnato in via d'urgenza all'ATI aggiudicataria le aree stradali e le relative pertinenze di cui all'all. A) del capitolato d'onere per le attività del solo Pronto intervento e, rispettivamente, per le altre attività di cui all'art. 12 del Capitolato.

È intervenuta nel frattempo la deliberazione n. 24 del 6 febbraio 2007, con cui l'AVCP, adita dall'ATI ricorrente a' sensi dell'art. 6, c. 7, lett. n) del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, ha ritenuto l'aggiudicazione in parola non con-forme all'art. 17, c. 9, I per. della l. 109/1994. Tanto nella considerazione che, fermo l'affidamento dal Comune intimato alla ** s.p.a. dell'incarico di supporto alla progettazione fin dall'ottobre 2004 e considerato che que-st'ultima è stata approvata il 3 dicembre 2005, l'amministratore unico dell'impresa edile ** s.r.l., che aveva costituito con altre imprese il Consor-zio Strade Sicure - **, ne è stato nominato presidente dal 2 agosto 2004 al 4 luglio 2005. Questi, inoltre, è stato nominato consigliere d'amministra-zione della ** s.p.a. dal 10 febbraio 2005 al 24 luglio 2006, sicché egli ha rivestito tale carica contemporaneamente a quella di Presidente del ** dal 10 febbraio al 4 luglio 2005, durante, cioè, una parte del periodo in cui la ** s. p.a. svolse il predetto incarico di supporto.

4.1. - Questo essendo per sommi capi il quadro di riferimento, il Colle-gio deve anzitutto occuparsi, per evidenti ragioni di pregiudizialità, dei gravami incidentali delle ATI controinteressate, in varia guisa rivolti a pa-ralizzare la pretesa attorea mercé la declaratoria d'esclusione dell'ATI ri-corrente dalla procedura in esame.

4.2. - Iniziando dal ricorso incidentale depositato dall'ATI aggiudicata-ria in data 6 aprile 2007, questo s'appalesa privo di pregio e va disatteso.

In particolare, lamenta anzitutto la ricorrente incidentale che il Con-sorzio **, una delle imprese mandanti dell'ATI ricorrente, ha pre-sentato soltanto per il presidente la dichiarazione d'inesistenza di procedimenti penali in corso e di sentenze di condanna, posta a pena d'esclusio-ne dal § III.2.1.1), n. 3), lett. b) del bando e dal § 3, lett. b) del disciplinare di gara —in conformità all'art. 75 del DPR 21 dicembre 1999 n. 554—, ma non anche per il vicepresidente. La censura non coglie nel segno, giacché quest'ultimo, pur munito di ampi poteri rappresentativi in base allo statuto consortile, in realtà agisce soltanto in caso d'assenza o impedimento del presidente. Sicché egli in tanto può agire quale rappresentante legale del Consorzio, in quanto e solo se si verifichi l'eventualità della sostituzione del presidente, onde i suoi poteri sono non attuali e meramente ipotetici. Né varrebbe obiettare un diverso (ed isolato) arresto giurisprudenziale di diverso segno o l'ampia discrezionalità degli statuti societari nell' assegna-zione dei poteri rappresentativi, in quanto, per un verso ed in assenza d'una rigorosa e specifica norma della lex specialis nei riguardi pure dei soggetti vicari, non sussiste alcun obbligo di formulare detta dichiarazione anche per costoro i cui poteri siano meramente eccezionali ed occasionali e, per altro verso, siffatta discrezionalità può riguardare i contenuti ed i pre-supposti dei poteri stessi, non certo costituire elemento da cui inferire il completamento, in via di sola inte**etazione sistematica di due testi ete-rogenei (lo statuto e la lex specialis), di norme sanzionatorie che espressa-mente a tal fattispecie non si riferiscono.

Neppure convince la doglianza incidentale per cui, relativamente alla ** s.r.l., impresa aderente al Consorzio **, detta dichiarazione sia stata resa solo dall'amministratore unico e legale rappresentante sig. ***** e non anche dall'istitutore sig. ***** **, pur se mu-nita anch'ella di ampi poteri rappresentativi. Non sfugge al Collegio la de-finizione dell'istitutore come alter ego dell'imprenditore, giusta quanto e-vincibile dagli artt. 2203 e 2204 c.c. (cfr., per tutti, Cass., II, 19 febbraio 1993 n. 2020). Tuttavia, non va in

primo luogo sottaciuto che la preposizione in-stitoria non implica alcuna spoliazione, in capo all'imprenditore (nella specie, all'a.u. della ** s.r.l.), della funzione direttiva spettantegli (cfr. Cass., sez. lav., 27 febbraio 2003 n. 3022). Inoltre, se è ben vero che la citata norma della lex specialis impone la predetta dichiarazione per il titolare, il socio, l'amministratore munito di poteri di rappresentanza ed il direttore tecnico, è altrettanto indubbio che siffatto obbligo è previsto a pena di de-cadenza soltanto nei confronti di quei soggetti che effettivamente son titolari del potere rappresentativo e non anche i loro procuratori, tale, appunto, essendo l'istitutore. In parole più semplici, quando nella lex specialis è a chiare lettere formulato un obbligo documentale a pena di decadenza, con l'esatta indicazione di tutti i soggetti obbligati, questo non è esigibile se non v'è espressamente indicato e svolge le sole funzioni di procuratore del soggetto destinatario, né ciò potrebbe mai implicarne il rischio d'elusione (p.es., mercé la nomina di amministratori integerrimi e l'effettivo potere rappresentativo assegnato a procuratori indegni), avendone già la lex specialis valutato a priori l'incidenza sulla gara.

Non a diversa conclusione ritiene il Collegio di pervenire con riguardo all'obbligo di detta dichiarazione per la mancata indicazione, a detta dell'ATI aggiudicataria, della sostituzione, nel triennio precedente alla presentazione delle offerte (2003/2005), del direttore tecnico della ** s.r.l., mandante dell'ATI ricorrente. Per vero, nel 2003 è deceduto il sig. Augusto ** che, in tal *****à, ricopriva le cariche di consigliere e direttore tecnico. Sennonché, pur se il sig. ** cessò mortis causa da detto incarico nel triennio di riferimento, in realtà non consta che sia stato sostituito, per cui non v'è l'obbligo di dichiarare alcunché sul punto, a differenza di ciò che invece s'è fatto per la sostituzione del presidente della *****à stessa.

Pure da rigettare è la censura incidentale concernente la pretesa omessa dichiarazione ex § III.2.1.1., n. 2), lett. f) del bando, estesa al quinquennio precedente al termine di presentazione delle offerte, da parte di due imprese aderenti al Consorzio **. La norma citata impone in effetti la dichiarazione d'esser in regola con i versamenti assicurativi e previdenziali e di non rientrare nelle cause d'esclusione dagli appalti pubblici, previste per le imprese aderenti ai piani d'emersione ex art. 1 della l. 18 ottobre 2001 n. 383. Poiché la censura in esame riguarda la ** s.c.a. r.l. e la ** s.c.a.r.l., consta in atti che entrambe hanno reso siffatta dichiarazione, onde sul punto nulla quaestio.

Afferma poi l'ATI ricorrente incidentale che, disponendo il § III.2.1.1, n. 2) del bando l'obbligo di dichiarare, tra l'altro, l'insussistenza di cause di divieto, decadenza o sospensione ex l. 31 maggio 1965 n. 575, esso non va confuso con quello di cui al successivo n. 5) ed al § 5) del disciplinare, in virtù dei quali gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed i responsabili tecnici devono dichiarare l'assenza delle cause ostative indicate dall'art. 10 di tal legge n. 575. La ricorrente incidentale si duole allora che la ** Tommaso s.r.l., anch'essa aderente al Consorzio **, ha presentato la dichiarazione "antimafia" solo per il legale rappresentante e non anche per se stessa. La doglianza va respinta, perché, come consta in atti, nella specie l'ing. ** ha dichiarato l'insussistenza delle cause ex art. 10 della l. 575/1965, nonché di procedimenti in corso per l'applicazione d'una misura di prevenzione, nella sua qualità di legale rappresentante e direttore tecnico della predetta *****à. Ebbene, la dichiarazione in questi termini non solo esclude in radice qualunque altra possibilità d'esistenza di cause di divieto indicate dalle norme

“antimafia”, ma soprattutto non evade dall’obbligo dichiarativo contenuto nel § III.2.1.1, n. 2), essendo questo rivolto esclusivamente alle sole imprese partecipanti (mandataria e mandante/i) ad un’ATI (nella specie, tra le mandanti, al solo Consorzio **). Tanto a differenza di quanto stabilito dal successivo n. 5), che, invece, pone detto obbligo in capo «...ai singoli interessati delle singole società costituenti il soggetto concorrente...». Né vale richiamare l’art. 2, c. 3, lett. b) del DPR 3 giugno 1998 n. 252, che tale norma impone sì, in presenza di date condizioni, il riferimento della documentazione “anti-mafia” per il legale rappresentante del consorzio e per i singoli consorziati, ma non anche detta duplicazione per ciascun’impresa consorziata e, comunque, non è richiamata dalla lex specialis di gara, né s’appaes nella specie naturaliter inerente ai relativi obblighi documentali.

Non è condivisibile l’assunto della ricorrente incidentale, secondo cui la ** Tommaso s.r.l. non avrebbe dichiarato il fatturato specifico per i servizi di sorveglianza stradale, limitandosi all’indicazione di solo quello globale. Infatti, il § III.2.1.3, n. 9), alinea del bando impone siffatta dichiarazione al «... legale rappresentante... del concorrente singolo ovvero del-la/e mandante/i...». Ebbene, consta in atti che il Consorzio **, cui tal *****à aderisce, ha adempiuto al relativo obbligo, indicando il fatturato specifico ed allegandovi l’elenco dei servizi espletati. È appena da osservare che, potendo tal requisito essere cumulativamente dimostrato pure da una pluralità di soggetti tra loro riuniti, non v’è un dato testuale conclusivo che ne imponga la dichiarazione anche in capo ai soggetti eventualmente facenti parte d’una o più mandatarie, né a quelli, tra costoro, i quali non lo posseggano e s’avvalgano di quello posseduto da altri.

4.3. - Afferma ancora l’ATI aggiudicataria la necessità d’escludere la ricorrente dalla gara in esame, perché, avendo la cooptata impresa ***** ** la qualificazione in OG 1, class. IV ed in OG 3, class. I, essa è abilitata ad effettuare lavori per un importo massimo non superiore a € 2.840.512,00, mentre le è stata assegnata la quota di lavori pari allo 0,494% dell’appalto, per un ammontare pari, cioè, a € 2.848.733,00, non modificabile in sede d’esecuzione del contratto.

Il motivo non può essere condiviso e va respinto.

Com’è noto, l’art. 95, c. 4 del DPR 554/1999 consente all’ATI, che sia già in possesso dei requisiti di qualificazione, d’associare a sé altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dalla lex specialis, purché quelli loro affidati non superino il 20% dell’importo complessivo dei lavori e sempreché l’ammontare complessivo delle qualificazioni possedute sia almeno pari all’importo dei lavori che saranno assegnati loro.

Fermo restando, in punto di fatto, che l’impresa cooptata è chiamata a svolgere lavori per un importo non superiore all’1% dei lavori inerenti alla manutenzione straordinaria, il calcolo dell’importo dev’esser compiuto con riferimento non già a quello a base d’asta, bensì a quanto l’ATI ricorrente ha in effetti offerto con riguardo a tale voce. Soccorre invero l’art. 13, c. 5 della l. 109/1994, che impone alle sole ATI propriamente dette (ossia a quelle di cui al precedente art. 10, c. 1, lett. d), costituite o costituende, l’obbligo che la mandataria e le altre imprese associate siano già in possesso dei requisiti di qualificazione

per la rispettiva quota percentuale, con ciò la norma evidentemente riaffermando la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione (cfr., da ultimo, Cons. St., VI, 1° marzo 2007 n. 1001). Non è però chi non veda come siffatto principio, riguardando solo le imprese formalmente raggruppate —e, quindi, la necessità che esse di-mostrino da subito l'effettivo possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in base alle rispettive per-centuali e prima dell'aggiudicazione—, nulla abbia a che vedere con la cooptazione ex art. 95, c. 4 del DPR 554/1999, perché ciò presuppone già l'esistenza e la dimostrazione di tal possesso. Inoltre, nella specie, la dichiarazione delle quote dei lavori, peraltro effettuata dall'ATI ricorrente —dal che l'inconferenza degli arresti giurisprudenziali richiamati dall'ATI aggiudi-cataria—, serve in sostanza a garantire la stazione appaltante dell'effettiva corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione all'ATI e quota di esecuzione dei lavori, in virtù del combinato disposto dell'art. 8 e dell'art. 13, commi 1 e 5 della l. 109/1994, dell'art. 93, c. 4 del DPR 554/1999 e dell'art. 3 del DPR 25 gennaio 2000 n. 34 (cfr. CGA, 8 marzo 2005 n. 97; id., 31 marzo 2006 n. 116). Poiché, invece, l'impresa ** è associata per cooptazione —in virtù del citato art. 95, c. 4, che ha lo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni, altrimenti impossibilitate a parteciparvi per difetto dei requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria (cfr. Cons. St., V, 11 giugno 2001 n. 3129; id., 25 luglio 2006 n. 4655)—, essa sarà tenuta ad eseguire i lavori assegnatili solo fino alla concorrenza del limite di legge, in base a quanto effettivamente aggiudicato all'ATI cui accede e nei cui soli ed esclusivi confronti si formula l'apporto collaborativo.

Non è fondata la censura incidentale sulle due referenze bancarie pro-dotte dalla ** s.r.l., come s'è detto aderente al mandante Consorzio **, sol perché riferite, a detta dell'ATI aggiudicataria, al Gruppo **, di cui tale impresa fa parte. Per vero, le referenze in parola indicano solo che «... la ** s.r.l., costituita il 10 febbraio 2005, fa parte del "gruppo **", buon cliente del nostro Istituto dal 1988... e dotato a quanto ci risulta, di mezzi tecnici e capacità finanziarie tali da consentire l'assunzione e l'esecuzione dei lavori che gli vengono affidati...». In tutta franchezza, non vede il Collegio che cos'altro mai avrebbero le predette re-ferenze dovuto o potuto dir di più a garanzia della solvibilità dell'impresa garantita, l'accento al gruppo di cui essa è parte non volendo significar al-tro, ad una serena lettura della formula adoperata, che la piena solvibilità di essa appunto perché non sconosciuta, ma di proprietà d'un cliente ben noto alle banche garanti. È allora inconferente il richiamo della ricorrente incidentale a Cons. St., V, 11 febbraio 2005 n. 392, perché tal decisione con-cerne il ben diverso caso dell'incorporazione di un'impresa partecipante ad una gara ad evidenza pubblica (e che aveva prodotto le referenze) tra il momento della prequalificazione e la presentazione delle offerte, senza che l'incorporante avesse esibito le sue proprie garanzie.

4.4. - È da rigettare l'assunto dell'ATI aggiudicataria in ordine alla co-optazione, da parte della ricorrente, della ** s.p.a. e della ** Servizi s.p.a. e per una quota pari all'1% ciascuna delle lavorazioni di riferimento, con riguardo allo svolgimento di attività di pronto interven-to, sorveglianza stradale e manutenzione ordinarie.

Non sfugge certo al Collegio, soprattutto nel silenzio della lex specialis per la gara in argomento, se non l'impossibilità, perlomeno la difficoltà o, comunque, l'assenza di concordia di opinioni circa l'uso di siffatta coopta-zione in tema di appalti di servizi.

Tuttavia, la qualificazione dell'appalto in questione come concessione di ll.pp. e non di servizi implica, ferma la prevalenza della disciplina della l. 109/1994 sul Dlg 157/1995, la sicura applicazione del ripetuto art. 95, c. 4 del DPR 554/1999, anche perché alle due *****à cooptate sono assegnati pure compiti di manutenzione. E ciò a più forte ragione se si considera la sostanziale inscindibilità funzionale, aldilà delle differenze descrittive ed ontologiche, dei servizi come strettamente strumentali ai lavori concessi. A ciò soccorre il chiaro disposto dell'art. 2, c. 1, lett. l) del DPR 554/ 1999, che appunto attribuisce, mettendola nell'ambito dei ll.pp., alla manutenzione, tra le altre, pure le attività di supervisione delle opere o degli impianti. E quand'anche la stazione appaltante intenda i servizi concessi de quibus a guisa di prestazione diretta a favore di terzi (i fruitori dei beni stradali) e la configuri di conseguenza nella responsabilità (contrattuale, non aquiliana) del concessionario, non per ciò solo cessa l'interesse proprio del Comune aggiudicatario a che la sicurezza della Grande Viabilità, oggetto di tal pre-stazione, consenta il più rapido ed efficace mantenimento o la ricostruzio-ne immediata dei beni stessi, per meglio ottenere a loro volta un più alto grado di sicurezza e fluidità del traffico.

Non è condivisibile il motivo di gravame incidentale inerente alla vio-lazione del § III.2.1.3, n. 10) del bando, essendo contestata la mancanza del requisito della capacità professionale specifica per i servizi congiunti di pronto intervento, sorveglianza stradale e manutenzione ordinaria, nel triennio di riferimento, a favore di Comuni caratterizzati da alta densità di traffico cittadino e con almeno 300.000 abitanti, oppure per conto di enti e *****à pubbliche, sempre su patrimoni stradali con tal caratteristiche.

Più specificamente, l'ATI aggiudicataria si duole che, essendo stata commessa al mandante Consorzio ** l'esecuzione del 98% delle ci-tate prestazioni, il requisito specifico è posseduto per intero, come evincesi dalla relativa dichiarazione, dalla consorziata ** s.p.a., a differenza, se non di tutte, della maggior parte delle altre imprese consorziate. Consta negli stessi atti prodotti dall'aggiudicataria che un gran numero delle im-prese consorziate è in possesso del requisito medesimo. Aldilà di ciò, non considera detta ATI che il requisito in parola, di cui è stabilita la cumulabi-lità sotto il profilo finanziario, riguarda in modo espresso ciascuna man-dante e non anche tutti i vari soggetti che eventualmente la compongono e, in ogni caso e proprio in ragione di siffatta cumulabilità, è legittimamente imputabile anche ad uno solo di essi. Invero, la cumulabilità, a pena di svuotarla di significato, va intesa nel senso che il requisito non solo può es-ser posseduto da un solo soggetto, ma che lo stesso è frazionabile tra i sog-getti, anche dal punto di vista quantitativo o cronologico.

Né basta: è appunto dell'ATI aggiudicataria la precisazione secondo cui il Consorzio ** appartiene al novero dei consorzi indicati all' art. 2602 c.c. Ebbene, ciò implica che in esso si ravvisino quell'organizza-zione comune e quella collaborazione interaziendale che, determinando tra i consorziati il frazionamento istituzionale d'un ciclo produttivo altrimenti unitario sotto il profilo economico, consentono anche ad uno solo o ad un gruppo di essi la produzione di beni o servizi ed agli altri un compito ser-vente o preparatorio non operativo. Dal che la correttezza del riferimento, da parte del Consorzio medesimo, dell'obbligo, posto dalla lex specialis cir-ca il predetto requisito specifico, alla o alle sole imprese consorziate vera-mente operative, ossia atte alla produzione, all'interno del consorzio, delle prestazioni dedotte in appalto. Certo,

non va sottaciuto il pur giusto principio (cfr., da ultimo, CGA, 12 aprile 2007 n. 247), secondo cui è legittima l'esclusione da una gara ad evidenza pubblica di quell'ATI che associ imprese non qualificate, cioè quelle che s'avvalgono del raggruppamento non per riunire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alla gara. Tuttavia, esso va letto in coerenza con la situazione, testé descritta, del consorzio e, quindi, con il caso in cui, nell'ambito della quota di prestazioni affidategli, solo alcune imprese consorziate, quelle, cioè, pleno jure qualificate, siano chiamate ad adempiere, mentre le altre operano in posizione loro servente.

Né varrebbe obiettare, in presenza di un'ATI già unitariamente in possesso dei requisiti di capacità tecnica o economico-finanziaria, il difetto di questa, in capo alla capogruppo o alla mandante, compensata dall'eccesso di capacità degli altri soggetti associati. A tutto concedere e pure ad ammettere che ciò riguardi, come nella specie, alcuni dei componenti interni d'un soggetto mandante —in cui, però, tutti gli altri siano ex se qualificati —, l'impossibilità di compensazione può valer solo se si dimostri che chi se ne avvalga effettui prestazioni non omogenee con la qualificazione altrui, così ottenuta.

Infine, è infondata la censura dell'ATI aggiudicataria, con cui si contesta che la polizza fideiussoria, prodotta dall'ATI ricorrente per la cauzione provvisoria, possa legittimamente coprire pure la responsabilità della ** Costruzioni s.r.l., impresa cooptata. Infatti è ferma la duplice natura indennitaria (per la mancata sottoscrizione del contratto) e sanzionatoria della cauzione provvisoria (per il caso di altri inadempimenti procedimentali da parte dell'impresa partecipante alla gara), solo nel caso di costituzione ATI vige il principio per cui l'intestazione della relativa polizza alla sola mandataria non copre la responsabilità delle mandanti (cfr. Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005 n. 8). Viceversa, per le imprese cooptate a' sensi dell'art. 95, c. 4 del DPR 554/1999, tale regola non ha senso, in quanto l'obbligo d'intestare tal polizza fideiussoria non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti, si riferisce all'ipotesi d'una costituenda ATI ordinaria (di tipo verticale od orizzontale, non importa) di cui ai precedenti commi 2 e 3, e non anche al caso della cooptazione, stante appunto la diversa funzione cui tale istituto è preordinato, fin dall'art. 23, c. 6 del Dlg 19 dicembre 1991 n. 406, a favore delle imprese minori e che altrimenti non potrebbero partecipare per mancanza dei presupposti per associarsi in via ordinaria (cfr. Cons. St., V, n. 4655/2006, cit.).

5. - Anche il gravame incidentale dell'ATI **, depositato il 30 marzo 2007, non può esser condiviso e va integralmente respinto.

Per ciò che attiene all'obbligo della dichiarazione ex § 5) del disciplinare di gara, relativamente al vicepresidente del Consorzio ** e di quella ex § 2), relativamente all'a.u. e direttore tecnico dell'Impresa Ferranti ***** s.r.l., già il Collegio s'è espresso, in senso sfavorevole alla tesi dell'impugnazione incidentale, con riguardo al gravame dell'ATI aggiudicataria, sicché sul punto nulla quaestio. Non più fondata s'appalesa la doglianza incidentale circa l'omessa indicazione, da parte del Consorzio stabile **, dei soci di questo, giacché nella specie la dicitura «VEDERE ALLEGATO», contenuta nella dichiarazione ex § 2) del disciplinare di gara resa da detto Consorzio, fa evidente rinvio appunto ai documenti allegati, ossia al certificato della CCIAA di Roma ed all'atto costitutivo in data 2 febbraio 2006, quest'ultimo

recante le tre società componenti e costituenti il Consorzio medesimo, onde così è adempiuto l'obbligo in parola.

6.1. - Passando, quindi, all'esame del ricorso principale introduttivo, esso si rivolge anzitutto avverso la posizione dell'ATI aggiudicataria che, a suo dire, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara per cui è causa.

6.2. - In primo luogo, la ricorrente lamenta, in applicazione del principio per cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, non è legittima la partecipazione ad esse di soggetti in varia guisa coinvolti nell'attività di progettazione e di predisposizione della proposta posta a gara dalla stazione appaltante, che il dott. **, come s'è visto amministratore unico della ** s.p.a. (consorzata del **, a sua volta mandante dell'ATI aggiudicataria), è stato componente del CDA di ** s.p.a., cui il Comune aggiudicatario aveva affidato i compiti d'elaborazione dei documenti di gara e che poi l'ha coadiuvato nella valutazione delle offerte e dell'anomalia dell'ATI stessa.

È ben nota la funzione repressiva che l'istituto del conflitto di interessi, evincibile dall'art. 17, c. 9, I per. della l. 109/1994, gioca in dette procedure, essendo appunto preordinato ad evitare che situazioni personali di collegamento con la fase di predisposizione degli atti di gara consentano d'attribuire a colui che la cura, se partecipante alla procedura stessa, flussi informativi privilegiati, se non addirittura la conformazione della gara in modo a sé favorevole, in violazione, quindi, delle regole di tutela della par condicio e della trasparenza delle gare stesse. Parimenti condiviso dal Collegio è il concetto secondo cui i casi normativamente predefiniti di conflitto di interessi sono vere e proprie presunzioni assolute. La ragione è evidente: tali fattispecie, non superabili dalla prova che il conflitto sia rimasto solo potenziale, descrivono vicende che, per loro natura, ciascuna di esse è idonea ad influenzare o pregiudicare ex se i valori costituzionali di legalità, imparzialità ed efficacia che conformano l'azione amministrativa.

Tanto a differenza dei casi di conflitto non disciplinati espressamente, per i quali occorre accertare con rigore se la vicenda esaminata integri in concreto un'ipotesi d'approfittamento e, quindi, un vantaggio competitivo ingiusto nell'ambito della gara, la cui funzione, invece, è appunto di garantire parità di condizioni e d'opportunità tra tutti i partecipanti (arg. ex Cons. St., V, 7 novembre 2003 n. 7130).

Potrebbe già fin d'ora il Collegio esimersi da una defatigante valutazione delle vicende che hanno interessato, in una con la preparazione della gara de qua, pure il dott. **, essendo intervenuta sul punto la citata e condivisa deliberazione dell'AVCP n. 24/2007, la quale, come s'è accennato dianzi e dopo una succinta, ma completa disamina dei fatti prodromici alla gara, ha concluso dando un parere di non conformità dell'aggiudicazione all'art. 17, c. 9 della l. 109/1994.

Nondimeno, non dura fatica il Collegio a concordare, in linea di massima, con la tesi dell'ATI aggiudicataria, per la quale il conflitto di interessi, sollevato dalla ricorrente con riguardo alla peculiare posizione del dott. ** all'interno del ** e della ** s.p.a., sembra non riguardare una fattispecie espressa. Si

può, per vero, discettare se il ripetuto art. 17, c. 9, I per. configuri una regola tassativa e, quindi, di stretta interpretazione, piuttosto che l'esplicazione in materia di ll.pp. d'un principio generale a garanzia dei principi d'imparzialità e di buon andamento, di cui l'incarico di progettazione è soltanto un esempio, con conseguente onere di dimostrazione dell'assenza d'un ulteriore interesse, diverso da quello connesso all'incarico ricevuto dalla ** s.p.a.

Non è lecito, però, inferire da siffatta tesi che il conflitto di interessi, se non espressamente normato, non possa esser ravvisato se non soltanto in presenza d'un effetto realmente e gravemente lesivo di turbativa della concorrenza sul mercato relativo e non anche il semplice rischio di tal risultato. È infatti immanente nell'art. 97 Cost. (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 19 settembre 2006 n. 5444), che tutte le situazioni di conflitto d'interesse, nell'ambito dell'ordinamento giuspubblicistico, non sono tassative ma possono essere rinvenute volta per volta quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite. Ebbene, per un verso, la fattispecie di cui al ripetuto art. 17, c. 9, I per. non s'esaurisce, come invece assume il Comune intimato, nei soli progetti di cui all'art. 16, comprendendo tutte le prestazioni di cui all'art. 17, c. 1, alinea —tra cui, tra l'altro, il supporto tecnico-amministrativo alle attività del RUP, che la ** s.p.a. ben può fare, in base al suo oggetto sociale, quale società d'ingegneria—, potendo tutte tali prestazioni costituire l'idoneo presupposto di conoscenza privilegiata che la norma in esame intende scongiurare. Per altro verso, proprio dalla seria e serena analisi dei fatti prodromici alla gara de qua, evince il Collegio, con riguardo al fatto che il dott. ** fu contemporaneamente consigliere d'amministrazione della ** s.p.a. e Presidente del ** dal 10 febbraio al 4 luglio 2005, quel complesso di indizi e di combinazioni gravi, precisi e concordanti, certo non meramente casuali o ipotetici, che determinano un ragionevole e forte dubbio sul disinteresse della ** s.p.a. a condividere con il ** il bagaglio di conoscenze acquisite sulla gara stessa.

Né si può certo sottacere, in punto di fatto, che il dott. ** fu impegnato nella duplice carica durante una parte del periodo in cui la ** s.p.a., *****à pubblica partecipata dall'intimato Comune di Roma per il 97%, svolse l'incarico di supporto a quest'ultimo nella predisposizione degli atti di gara, affidatole fin dal 19 ottobre 2004 e conclusosi il 25 luglio 2005, ossia appena tre settimane dopo le dimissioni del dott. ** dal CDA di ** s.p.a. Dal che la stretta correlazione tra il Comune e detta Società, da un lato e tra questa ed il **, dall'altro, si da vulnerare il principio che vuole l'immagine della P.A. al di sopra d'ogni sospetto e da ingenerare il predetto dubbio.

Non appare allora perspicua l'obiezione dell'ATI aggiudicataria, per cui, in fondo, il conflitto in questione riguarda non le persone giuridiche, bensì la sola persona del dott. **, in quanto egli è evidentemente l'elemento di raccordo tra un'impresa pubblica (la ** s.p.a.) e la partecipazione del ** alla gara, gli atti della quale, pur in un rapporto dialettico ed in divenire con il Comune committente, sono stati preparati dalla Società stessa, cui, peraltro, la P.A. s'è rivolta anche per la coadiuvazione della Commissione nella valutazione delle offerte e della relativa anomalia. Neppure s'appalesa dirimente la circostanza che, a ben vedere, oggi il dott. ** è solo amministratore della ** s.p.a., la quale partecipa al ** soltanto al 7%, giacché tale vicenda è successiva alla situazione di conflitto di interessi e non esclude di per sé sola la predetta correlazione soggettiva. Ancora minor pregio ha l'eccezione sull'assenza d'ogni possibile potere effettivo

in soggetta materia del dott. **, quale membro del CDA di ** s.p.a., essendo conferiti a detto CDA tutti i poteri e le facoltà per il raggiungimento degli scopi sociali e non sussistendo al riguardo, se non in forza dell'O.S. n. 1/2005 e per i budget delle varie commesse, poteri esclusivi del presidente o dell'amministratore delegato, tali, comunque, da non coinvolgere mai il CDA. Non convince, infine, l'eccezione di detta A-TI, avente ad oggetto l'impossibilità per il ** di determinare l'offerta, in quanto, se è materialmente vera la competenza dell'impresa capogruppo mandataria di predisporre l'offerta, non solo non esclude l'obbligo ex lege della congiunta sottoscrizione (e, quindi, della relativa assunzione di responsabilità), ma neppure il ragionevole dubbio che, pur in rapporto dialettico tra la mandataria e le mandanti, la prima abbia potuto godere della veicolazione di informazioni privilegiate grazie alla dianzi evidenziata correlazione tra la ** s.p.a. ed il Consorzio stesso. È appena da soggiungere che, stante la complessità del capitolato d'onere e degli allegati tecnici, l'infondatezza dell'eccezione dell'ATI aggiudicataria sulla sostanziale semplicità dei compiti commessi alla R.P.R. s.p.a. o circa l'assenza d'un vero e proprio progetto, posto che non considera l'oggetto essenzialmente manutentivo-ricostruttivo (e solo in minima parte realmente ricostruttivo) del patrimonio della Grande Viabilità.

Non sembra conducente, poi, l'obiezione delle parti resistenti in ordine alla sostanziale notorietà dell'appalto de quo. Si può discutere se ed in qual misura di dominio pubblico (rectius, tra gli operatori del settore) possano esser state le informazioni circa la volontà del Comune di Roma d'affidare l'appalto stesso in concessione, peraltro, in un primo tempo senza che se fosse scelto il tipo. Non consta però in atti, in disparte la deliberazione consiliare n. 187/2005 e la deliberazione giunta n. 683/2005, la piena conoscibilità del contenuto degli atti endoprocedimentali, né tampoco della lex specialis di gara prima della pubblicazione di questa, se non, evidentemente, da parte di coloro che concretamente hanno confezionato tali documenti. Anzi, anche ad ammettere l'assunto delle parti resistenti circa la normalità, per gli operatori del settore, della capacità operative e tecniche richieste dalla lex specialis, non è chi non veda come la conoscenza anticipata abbia dato agio a chi avrebbe potuto profittarne d'associarsi nella combinazione più acconcia, a parità di siffatta "normalità", a raggiungere il punteggio più alto, come poi nei fatti è avvenuto proprio all'ATI aggiudicataria.

Suggestivo, ma non convincente è il tentativo di quest'ultima, per evitare le conseguenze dell'art. 17, c. 9, I per. della l. 109/1994, di ricostruire la fattispecie della procedura per cui il solo fatto della sussunzione di essa al modulo ex art. 113, c. 5 del Dlg 267/2000 potesse modificarne la sostanza e farla fuoriuscire dall'evidenza pubblica, dando perciò prevalenza al principio comunitario di concorrenza. Aldilà dell'esatta identificazione dell'appalto in parola, il Comune chiaramente l'assoggettò fin dal bando alle disposizioni del Dlg 157/1995 —peraltro anch'esse di stretta derivazione comunitaria—, con clausola immediatamente precettiva e mai revocata in dubbio. Inoltre e come s'è visto, il combinato disposto del citato art. 113, c. 5 e degli artt. 1, § 4, 3 e 17 della dir. n. 2004/18/CE non esclude l'applicabilità di regole, comprese quelle mutate dall'evidenza pubblica, più rigorose alle concessioni di servizi. Non nega il Collegio che, per un'esatta applicazione del diritto comunitario degli appalti, l'intestate deve rifuggire da intestazioni che privilegino, in assenza di divieti espressi, la garanzia dell'imparzialità come formalismo procedurale esasperato a detrimento della concorrenza, ma, nella specie, si discute del metodo precauzionale più adatto, quale quello rinvenibile nel ripetuto art. 17, c. 9, a fronte del rischio di quelle perniciose collusioni

tra stazione appaltante e impresa che costituiscono una grave offesa proprio al principio comunitario della concorrenza.

6.3. - È da accogliere pure il secondo mezzo di gravame, con cui l'ATI si duole dell'omessa presentazione, da parte del **, a sua volta consorziato nell'ambito del **, delle due referenze bancarie per tutt'e quattro le imprese colà inserite.

Al riguardo, ritiene il Collegio opportuno sgombrare il campo da ogni equivoco in ordine alla natura del ** quale consorzio stabile di cooperative, giacché nella specie non di ciò si parla, ma dell'adempimento, o no, dell'incombente documentale come stabilito dal § 8) del disciplinare di gara, in forza del quale dette referenze devono essere «... rilasciate da almeno due istituti di credito di rilevanza nazionale per ciascuna delle imprese raggruppate o consorziate...».

È ben noto infatti che, di regola, il Consorzio agisce come portatore in proprio d'un interesse imprenditoriale unitario, ancorché collegato alle finalità mutualistiche delle cooperative consorziate. Sicché esso, nelle procedure ad evidenza pubblica, agisce quale centro d'imputazione unitario ed esclusivo dei rapporti, procedurali e negoziali, con la stazione appaltante, pur se la materiale effettuazione del programma delle obbligazioni o di singole prestazioni sia da esso affidata a taluna, piuttosto che ad un'altra delle cooperative consorziate. Tuttavia, pur se queste ultime non sono che articolazioni organiche del Consorzio e che tutti i requisiti tecnici ed economico-finanziari per l'ammissione a gara devono essere riferiti al Consorzio stesso, la regola del bando, peraltro giammai contestata dall'ATI aggiudicataria, riguarda tutte e ciascun'impresa consorziate, con una formulazione che ben chiaramente le distingue dal Consorzio cui appartengono. Tale regola, d'altronde d'identico tenore per le imprese raggruppate, è stabilita per fornire alla stazione appaltante la dimostrazione della capacità economico-finanziaria d'ogni soggetto esecutore delle prestazioni dedotte in appalto, onde s'appalesa inderogabile.

Può il Collegio, in linea di mero principio, concordare con il Comune intimato pure sul fatto che, nella trasposizione nazionale delle norme comunitarie sulla dimostrazione della capacità economica, le referenze bancarie non abbiano il medesimo rigore che altrove. Ma non è chi non veda come siffatta prescrizione, che forse merita un ripensamento in sede di riemanazione, è stata espressamente voluta dal Comune medesimo, sicché, allo stato, non è né disapplicabile, né derogabile.

6.4. - Da accogliere è poi il ricorso in epigrafe anche nei confronti dell'ATI **, seconda graduata in esito alla gara in parola.

Lamenta in particolare l'ATI ricorrente, con un solo ed articolato mezzo di gravame, che la controinteressata ha offerto, per il servizio di sorveglianza e di vigilanza, prestazioni non continuative nell'arco delle 24 ore e durante l'anno.

Per una miglior comprensione della doglianza attorea, giova ricordare che, mentre il bando indica tra

l'altro, quale oggetto della concessione, l'attività di pronto intervento, sorveglianza stradale e manutenzione, mentre più propriamente l'art. 2 del capitolato stabilisce che «... la concessione ha per oggetto lo svolgimento... del servizio di sorveglianza-vigilanza e del servizio di pronto intervento...». Nell'organizzare tali attività a guisa di servizi al pubblico ex art. 112 del Dlg 267/2000, nuovamente il servizio di sorveglianza-vigilanza e pronto intervento del patrimonio stradale concesso prima facie costituisce un unicum. Tuttavia, in relazione ai servizi di manutenzione ordinaria e di manutenzione straordinaria, il capitolato prevede «... due segmenti principali di attività, da considerare non separati ma tra loro complementari e sovrapponibili per la durata ipotizzata della Concessione stessa: un segmento è quello afferente la gestione, la manutenzione ordinaria, la sorveglianza-vigilanza delle strade ed il pronto intervento...».

V'è dunque una differenza, descrittiva e funzionale, dell'attività di sorveglianza-vigilanza, rispetto a quella di pronto intervento, pur nell'ambito del medesimo segmento principale preordinato alla manutenzione ordinaria, come, d'altronde, evincesi dal successivo art. 12, il quale, appunto, li sdoppia definitivamente, assegnando a ciascuno di essi uno specifico programma di obbligazioni.

Infatti, il § 12.1 prescrive «... che il servizio di sorveglianza e vigilanza consiste nella diligente vigilanza continuativa (24 ore su 24 ore e 365 giorni l'anno e da effettuarsi, quindi, anche nei giorni festivi) impegnando le squadre mobili che il Concessionario ha dichiarato di impiegare nella propria offerta tecnica..., operanti sull'intero territorio in manutenzione, allo scopo di individuare ed eliminare qualsiasi inconveniente o danno che possa rappresentare pericolo alla pubblica incolumità...». Dal che la necessità d'avvalersi di personale affidabile ed adeguatamente istruito sui modi per riconoscere situazioni di potenziale pericolo. Anzi, il successivo art. 45, nell'imporre al Concessionario l'inizio immediato del servizio di sorveglianza-vigilanza non appena affidatagli la concessione, questo consisterà «... nella diligente vigilanza continuativa..., da effettuarsi anche nei giorni festivi, impegnando non meno di 9 (nove) squadre mobili, operanti sull'intero territorio in manutenzione...». Dal canto suo, l'art. 26 tiene a precisare che, come quello di pronto intervento, il servizio in parola è, per sua natura, continuativo e non è mai oggetto di sospensione.

Il § 12.2 impone invece al Concessionario «... l'obiettivo di garantire, in caso di necessità, tempestivi interventi di emergenza atti all'eliminazione di situazioni di pericolo per i cittadini utenti della strada...» (p.es., incidenti stradali, perdita di materiali da automezzi, eventi alluvionali, ecc.), consistenti nel posizionamento di segnaletica provvisoria e nella coadiuvazione dei servizi pubblici (p.es., ausilio alla Polizia municipale, deviazione del traffico, ecc.) e, quindi, nell'intervento riparativo e/o manutentivo, per il ripristino dello statu quo ante e tal pronto intervento potrà esser attivato o direttamente dal servizio di sorveglianza ov'esso rilevi situazioni di pericolo, oppure dal responsabile del procedimento, dai cittadini o dalle Forze dell'ordine.

Pertanto, mentre il servizio di pronto intervento, per quanto attivabile pure a seguito dell'ordinaria vigilanza, riguarda la ricognizione e la risoluzione dei problemi derivanti da situazioni di pericolo a seguito d'allerta, la vigilanza in sé è il controllo diurno del territorio in concessione, che non incontra

limiti temporali d'azione, neanche in caso di «inesistenza/ scarsità/cessazione fortuita/interruzione della pubblica illuminazione». Sicché sussiste l'obbligo negoziale d'effettuare continuativamente la prestazione, non essendo possibile, come facilmente si ricava dalla reiterazione del dato normativo sulla continuità/diuturnità in re ipsa del servizio, offrire meno di quanto così descritto dalla lex specialis, al più potendo l'impresa migliorare solo l'organizzazione.

Se, dunque, questo è il quadro normativo di riferimento per il programma di obbligazioni inerente al servizio di sorveglianza-vigilanza, allora rettamente l'ATI ricorrente contesta alla controinteressata d'aver previsto sul punto una prestazione non coincidente con la descrizione fattane dal capitolato.

In concreto, l'ATI **, dopo aver indicato 48 unità lavorative per detto servizio — che sotto il profilo grafico distingue nettamente dall'attività di manutenzione ordinaria e pronto intervento e da quella di manutenzione straordinaria (cfr. doc. 7 di detta ATI, Quadro generale delle risorse impiegate per la struttura operativa)—, suddivide il territorio concesso in 20 zone, a loro volta raggruppate in 4 aree. Indi, «... al fine di garantire un monitoraggio pressoché quotidiano della rete stradale e delle sue pertinenze, si prevede di assegnare inizialmente ad ogni zona una squadra di sorveglianza che opererà secondo piani e turni di lavoro e di reperibilità...». Detto servizio è garantito su più turni di lavoro settimanali, ossia dal lunedì al venerdì, dalle h 6,00 alle h 14,00 e dalle h 14,00 alle h 22,00 ed il sabato dalle h 6,00 alle h 22, mentre nei restanti orari di tutti i giorni e nella domenica e nei giorni festivi è «... garantito il servizio di reperibilità H 24 per tutti i giorni dell'anno nonché la presenza di personale operativo esperto in Centrale operativa...». In tutta franchezza, agli occhi del Collegio siffatta prestazione non centra gli obiettivi temporali della continuità/diuturnità di prestazione del servizio, come invece voluti dal capitolato, nel senso che la controinteressata offre ben meno di quanto colà stabilito nella misura in cui la reperibilità, che ontologicamente è ben diversa da una squadra operativa sul campo, è non solo un minus rispetto alla vigilanza, ma tende a confondersi con il presupposto del pronto intervento. Infatti, se in Centrale operativa è presente personale reperibile e non vigilante, l'attivazione di questo avverrà per attivazione esterna pervenuta alla Centrale, così di fatto elidendo la funzione di controllo e pervenendo direttamente, ossia in pronto intervento, alla soluzione del problema segnalato, appalesandosi perlomeno macchinoso un duplice allerta sulla segnalazione di terzi. Non a caso, il seggio di gara non ha potuto far a meno di notare (cfr. verb. n. 20 del 14 settembre 2006), con giudizio perfettamente condiviso dal Collegio e che dimostra la sostanziale inconciliabilità dell'offerta della controinteressata col capitolato, come «... la mancanza di sorveglianza nell'orario notturno, il sabato ed i festivi incide negativamente sull'efficienza del sistema (si badi, e non del solo servizio!), in quanto in questi periodi il Concessionario diventa mero elemento passivo rispetto alla cognizione degli eventi e delle situazioni di anomalia e/ o pericolo che si verificano nella rete stradale...».

Non serve allora obiettare, come fa la controinteressata nella memoria conclusionale del 12 aprile 2007 con riguardo a pag. 22/68 del cap. 3, sez. I (Servizi operativi) della propria offerta tecnica, la presenza di tre squadre operative di pronto intervento. Invero, queste non possono svolgere i compiti spettanti nei giorni feriali alla sorveglianza, posto che la loro esiguità non può tener luogo delle venti squadre di vigilanza offerte dalla controinteressata; e poi perché esse devono espletare detto servizio non sul campo,

ma a seguito della segnalazione in Centrale operativa.

Viceversa, la vigilanza è il controllo pianificato e continuativo sul territorio, da cui può anche originare un pronto intervento che provvederà illi-co et immediate a risolvere uno dei problemi segnalati, ma che essenzial-mente è al contempo frutto d'una programmazione (e non solo della visio-ne estemporanea dei problemi) e fornitura dei dati per la pianificazione della manutenzione ordinaria. Il pronto intervento, d'urgenza od ordina-rio, s'avvale invece di 41 squadre operanti sul territorio, secondo piani programmati d'intervento che possono occupare tutto l'arco temporale d' una giornata, oltre a 14 squadre di supporto per l'effettuazione di lavora-zioni speciali, ferma restando la pronta reperibilità, 24 ore su 24, di tre squadre operative di pronto intervento, basate a via Toscana, a via della Colonia Agricole ed a via Prenestina. Da ciò discende l'inconferenza del ri-chiamo alle mansioni del Caposquadra di pronto intervento (cfr. pag. 32/68 della sez. I), in quanto la vigilanza, che questi effettua sulle strade in cui le squadre si trovano ad operare, non sostituisce quella delle squadre di sorveglianza, ma si limita alla sola realtà circostante o viciniore al luogo d'intervento, sempre fermo l'obbligo di segnalazione alla Centrale operati-va per le superiori determinazioni del caso. Del pari non conducente è, ad avviso del Collegio, il riferimento alla pag. 25/68 della sez. I, atteso che co-là si parla dei casi di risposta alla segnalazione esterna d'un problema, da parte dei sorveglianti o delle squadre di pronto intervento, ma senza che ciò implichi confusione di ruoli tra i due servizi, posto che gli uni o le altre intervengono a seconda degli orari di lavoro e dei turni di programmazio-ne d'intervento, tranne le situazioni d'urgenza, non già sostituendosi gli uni con le altre.

Infine, è da accogliere pure l'ultimo mezzo d'impugnazione, giacché, come consta in atti e nonostante la lex specialis lo prevedesse, il seggio di gara ha omesso ogni valutazione sull'eventuale anomalia dell'offerta dell'ATI **, ancorché sospetta sul punto.

7. - Passando adesso alla disamina del primo gruppo di motivi aggiunti, depositati il 1° marzo 2007, è da accogliere la doglianza attorea in ordine alle referenze bancarie per il **, essendone stata prodotta una sola e, per giunta, unicamente per l'impresa **, non essendo possibile riferirla che a quest'ultima e non all'intero Consorzio.

Fondata e meritevole d'accoglimento è la censura attorea nei confronti della dichiarazione resa, a'sensi dell'art. 5) del disciplinare di gara, per l' Impresa ** Costruzioni s.r.l., mandante dell'ATI **. L' attestazione in parola, infatti, è stata sottoscritta dall'ing. ***** ** ed è accompagnata dal suo documento di riconoscimento, ma concerne i dati anagrafici dell'ing. ***** **, anch'ella direttrice tecnica di tale *****à. Pertanto, si può discettare se, alla presenza di siffatti documento e sottoscrizione, la dichiarazione sia, o no, imputabile all'ing. **, ma è certo che questi nulla ha dichiarato circa se stesso, donde l' illegittima in-completezza dell'adempimento imposto dal disciplinare. E ciò s'appalesa vieppiù evidente, sol che si consideri che tale dichiarazione reca pure un passaggio di carriera proprio dell'ing. **, ovviamente non riferibi-le, né esistente nell'attestazione dell'ing. **, sicché ancor di più quel-la sottoscritta dal primo è perlomeno perplessa.

Viceversa, va respinta la doglianza dell'ATI ricorrente con riguardo alla pretesa omissione della dichiarazione ex § 3), lett. f) del disciplinare, da parte della ** s.p.a., in quanto consta in atti la conformità di quanto da essa dichiarato (regolarità assicurativa e previdenziale, assenza di piani d'emersione ex l. 383/2001) con la lex specialis di gara, non essendo dimostrata l'effettiva esistenza di accertamenti o contenziosi in corso per il quinquennio di riferimento.

Non convince neppure la censura contenuta nel secondo gruppo di motivi aggiunti —depositati l'11 aprile 2007 ed aventi ad oggetto l'omessa valutazione, da parte del seggio di gara, della sospetta anomalia dell'ATI ag-giudicataria—, atteso che, nella specie, l'ufficio di supporto ha solo coadiuvato, ma non s'è sostituito alla Commissione nel giudizio, che essa ha invece definitivamente formalizzato e fatto proprio, assumendosene ogni responsabilità, anche sul merito.

8. - Il ricorso in epigrafe va dunque accolto nei termini fin qui visti, ma la complessità della questione e giusti motivi suggeriscono nella specie l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

PQM

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. 2°, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1384/2007 in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, con salvezza degli atti ulteriori da parte del Comune.

Spese compensate.

Ordina all'Autorità amministrativa d'eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 18 aprile 2007, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

*****, PRESIDENTE,

Silvestro *****
*****, CONSIGLIERE, ESTENSORE,

*****, PRIMO REFERENDARIO.

IL
PRESIDENTE

L'ESTENSORE

<https://www.diritto.it/non-si-possono-configurare-i-beni-stradali-le-strade-in-quanto-tali-e-la-loro-rete-costituiscono-gia-di-per-se-un-utilita-giuridica-diretta-per-la-collettivita-non-solo-locale-in-virtu-della-loro-u/>