

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29996-a-fronte-di-tale-lacuna-tariffa-zero-per-un-servizio-da-offrire-il-provvedimento-di-esclusione-impugnato-in-primo-grado-si-appalesasse-qual-atto-necessitato>

Autore: Lazzini Sonia

**A fronte di tale lacuna (tariffa zero per un servizio da offrire) il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si appalesasse quale atto necessitato**

C.St. 08.07.2010 n. 4437

## A fronte di tale lacuna (tariffa zero per un servizio da offrire) il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si appalesasse quale atto necessitato

la complessiva interpretazione del bando di gara è orientata dal principio di buona fede, ed è guidata dai canoni ermeneutici legali di cui agli artt. 1362 e segg. CC

numerosi indici prescrittivi deponevano per la ricomprensione della vigilanza dinamica nell'oggetto dell'appalto da svolgere, senza che potesse neppure ipotizzarsi una eventuale oscurità o complessità del bando

La controniteresasta ha offerto tariffa zero, per una prestazione dedotta nel bando e che al momento della compilazione dell'offerta essa stessa (che altrimenti si sarebbe dovuta del tutto astenere dall'apportare qualsiasi indicazione nel riquadro) ha riconosciuto implicitamente rientrare nella gamma dei servizi da offrire.

Pare al Collegio che a fronte di tale lacuna (tariffa zero di un servizio da offrire) il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si appalesasse quale atto necessitato

il Collegio non ignora, ed, anzi, condivide, il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. ex multis C.S., Sez. V, 13 novembre 2002, n.6300) secondo il quale la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento nè alcuna possibilità di interpretazione della portata sostanziale delle clausole inosservate e di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*.

E' noto poi che l'applicazione di tali principi postuli il carattere chiaro della regola controversa e che la sua univocità debba essere valutata con riferimento al sistema delle clausole connesse dirette a disciplinare l'adempimento considerato e non con esclusivo ed astratto riguardo alla singola previsione.

Orbene, come lucidamente colto già in sede cautelare, numerosi indici prescrittivi deponevano per la ricomprensione della vigilanza dinamica nell'oggetto dell'appalto da svolgere, senza che potesse neppure ipotizzarsi una eventuale oscurità o complessità del bando.

In primo luogo, ovviamente, la prescrizione relativa alla necessità di una offerta che indicasse il prezzo di tale voce (prescrizione, questa, non ottemperata dall'appellata) sarebbe stata del tutto priva di significato nella ipotesi contraria, accolta dal Tar.

In secondo luogo, e di tale profilo i primi Giudici non si sono avveduti, fondando la loro statuizione unicamente sulla distinzione prefettizia tra i concetti di sorveglianza fissa e dinamica, numerosi altri indici deponevano per la non inutilità/inconferenza della clausola in questione.

In primis: sono rimaste incontestate, in punto di fatto, le logiche deduzioni dell'appellante Trenitalia SPA (si vedano in particolare pagg. 18 e 19 della memoria) relative alla insufficienza/impossibilità/inutilità di una vigilanza fissa per aree (ex caserma Polfer, area circostante edificio via Calvino, punti nn.6 e 2 della indicazione relativa all'oggetto del contratto contenuta sub art.1 della lex della gara) di vastissima estensione, pari anche a 2000 mt lineari.

Trattandosi di elementi fondati sulla geografia dei luoghi, e ben noti all'appellata partecipante alla gara, la retorica puntualizzazione dell'appellante secondo cui prevedere per aree di simile estensione una sorveglianza esclusivamente esercitata mercè postazione fissa avrebbe dovuto comportare la "installazione di una garitta ogni cento metri" (pag 19 della richiamata memoria) ovvero sarebbe

risultata del tutto impossibile/inutile conduce alla conseguente risposta per cui una interpretazione attenta del bando non poteva non militare per la ricomprensione del servizio di vigilanza ispettiva nell'oggetto dell'appalto, proprio con riguardo alla "res" che costituiva l'obiettivo da vigilare.

Di tali logiche deduzioni non poteva non avvedersi l'appellata, che avrebbe dovuto coniugare il ragionamento in ordine al quomodo della prescrizione da svolgere con la clausola da essa inosservata.

Ma v'è di più.

E' incontestato ed incontestabile (art. 3 dello schema di contratto) che quanto al quomodo di svolgimento del servizio, le partecipanti alla gara avrebbero dovuto fare riferimento alla "specifica tecnica".

In essa si fa riferimento a "una pattuglia dovrà espletare i controlli segnalando il passaggio..."; soprattutto, si distingue (secondo cpv) la tipologia di sorveglianza, specificando che "durante la sorveglianza fissa i vigili...": ove non fosse stata prevista nell'oggetto del contratto altra forma di vigilanza, v'è da chiedersi perché la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare il tipo di sorveglianza cui era ricollegato l'incombente ivi previsto.

Lo schema di contratto inoltre dettava una disposizione (ci si riferisce all' art. 4 comma 4, in ordine alla possibilità di introdurre variazioni: prescrizione, quest'ultima, doppiata dall'analoga disposizione di cui all'art.12 della medesima fonte) relativa al "numero di ispezioni da eseguire" palesemente incompatibile con la tesi patrocinata dall'appellata ed accolta dal Tar.

E se anche si volesse ritenere (come pare ricavarsi dall'esposizione dei primi Giudici) che comunque la vigilanza ispettiva costituiva una eventualità prevista in ipotesi di eventuale modifica delle condizioni del servizio, non è dato comprendere la ragione per cui l'amministrazione non avesse il diritto di conoscere quale sarebbe stato il prezzo offerto dalle partecipanti alla gara per tale porzione di attività, una volta che si era riservata il diritto di introdurre modificazioni.

In ultimo, è opportuno rilevare che la stessa appellata non ha ommesso ogni indicazione in ordine alla voce relativa alla vigilanza saltuaria ma ha, come rilevato dallo stesso Tar "compilato il prospetto di cui trattasi, indicando lo zero sbarrato in corrispondenza del prezzo per le attività di vigilanza itinerante."

Ha, cioè, offerto tariffa zero, per una prestazione dedotta nel bando e che al momento della compilazione dell'offerta essa stessa (che altrimenti si sarebbe dovuta del tutto astenere dall'apportare qualsiasi indicazione nel riquadro) ha riconosciuto implicitamente rientrare nella gamma dei servizi da offrire.

Pare al Collegio che a fronte di tale lacuna il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si appalesasse quale atto necessitato e che colgano nel segno i riuniti appelli che, pertanto, devono essere accolti nei termini di cui alla motivazione con annullamento dell'appellata decisione, reiezione del ricorso di primo grado e salvezza degli atti impugnati.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4437 dell' 8 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 04437/2010 REG.DEC.**  
**N. 04210/2005 REG.RIC.**  
**N. 04232/2005 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 4210 del 2005, proposto da: Trenitalia Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Stefania Masini, Claudio Novebaci, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite, 7;

*contro*

Controinteressata Spa;

*nei confronti di*

ALFA ALFA Spa;

Sul ricorso numero di registro generale 4232 del 2005, proposto da: ALFA S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Bassani, Nicolo' Paoletti, Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Nicolo' Paoletti in Roma, via Barnaba Tortolini 34;

*contro*

Controinteressata S.p.A.;

*nei confronti di*

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Stefania Masini, Claudio Novebaci, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite, 7; Trenitalia S.p.A. Divis. Trasp. Region.-Dir. Reg. Lombardia;

*per la riforma*

quanto al ricorso n. 4210 del 2005:

della sentenza del T.a.r. Lombardia – Sede di Milano - Sezione Iii n. 00703/2005, resa tra le parti, concernente STIPULA DI CONTRATTO DI FORNITURA SERVIZIO DI VIGILANZA.

quanto al ricorso n. 4232 del 2005:

della sentenza del T.a.r. Lombardia – Sede di Milano- Sezione Iii n. 00703/2005, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI VIGILANZA DEL MATERIALE ROTANTE.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2010 il Consigliere Fabio Taormina e udito per Trenitalia SPA l' avvocato Masini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tar della Lombardia - sede di Milano - ha parzialmente accolto il ricorso di primo grado con il quale era stato chiesto dall' odierna appellata Controinteressata s.p.a., l'annullamento della nota 10 maggio 2004 con cui TRENITALIA aveva autorizzato “la stipula del contratto di fornitura a favore della ditta: ALFA”, del verbale assegnazione gara del 10 maggio 2004, del verbale di ricognizione delle offerte in data 10 maggio 2004, dell'allegato A, della manoscritta “relazione esplicativa alla trattativa privata plurima” nonché, della lettera di invito, dello schema di contratto, della comunicazione in data 27 aprile

2004, del modello di dichiarazione di offerta - dichiarazione relativa alla specifica tecnica.

Era in particolare accaduto che la Direzione Regionale Lombardia di TRENITALIA s.p.a. aveva indetto, in data 14 aprile 2004, una trattativa privata plurima per l'affidamento del servizio di sorveglianza antintrusione, da eseguirsi presso alcuni impianti di Milano, per la durata di un anno (con facoltà di proroga fino a un massimo di ulteriori due anni), da aggiudicare al prezzo più vantaggioso; la lettera di invito aveva definito le modalità di presentazione dell'offerta, precisando che i concorrenti avrebbero dovuto compilare in tutte le sue parti il modulo "dichiarazione di offerta", che prevedeva l'indicazione del costo orario per i servizi di vigilanza fissa e del costo per minuto dei servizi ispettivi di zona.

La descrizione delle prestazioni richieste era invece contenuta in apposita specifica tecnica che, nell'inquadrare il servizio oggetto della procedura, lo aveva definito "tipo di vigilanza: fissa".

L'appellata aveva partecipato richiedendo, per ciascuna ora di vigilanza fissa, il prezzo di € 19,18 (corrispondente alla tariffa prefettizia ribassata della fascia di oscillazione ammessa); quanto ai servizi di vigilanza ispettiva, la società aveva invece indicato un importo pari a 0, avendo ritenuto inconferente tale dato con l'oggetto dell'appalto, riferito ai soli servizi di vigilanza fissa.

La commissione di gara, con verbale del 10 maggio 2004, aveva disposto l'esclusione dalla gara di Controinteressata s.p.a., per eccesso di ribasso, relativamente alla proposta inerente il servizio ispettivo di zona, rispetto al tariffario di legalità imposto dalla Prefettura e nel corso della medesima seduta, la gara era stata aggiudicata in favore dell'offerta risultata più bassa, presentata da ALFA (ALFA), che previa sottoscrizione del relativo contratto aveva dato inizio all'espletamento del servizio in data 1° giugno 2004.

L'appellata era insorta contestando la propria esclusione sul rilievo che la mancata indicazione del prezzo per i servizi di vigilanza ispettiva, non compresi tra le prestazioni richieste che erano soltanto di vigilanza fissa, non poteva giustificare l'esclusione dalla gara e censurando il comportamento della stazione appaltante, per violazione dei canoni della buona fede procedimentale, per avere la stessa predisposto un modello ingannevole e non coerente con le prestazioni richieste e per avere poi imputato alla partecipante un errore relativo ad un elemento ininfluenza sulla gara.

Sotto altro profilo, ha sostenuto che l'aggiudicataria ALFA doveva essere esclusa dalla procedura, ai sensi dell'art.12 D.Lgs. n.157/95, dell'art.3 R.D. n.2440/23 e dell'art.68 R.D. n.827/24, a causa di precedenti gravi errori professionali commessi nell'esecuzione di un appalto pubblico affidatole da altra stazione appaltante.

Il Tar ha esaminato in via preliminare le eccezioni processuali prospettate dalle odierne parti appellanti, disattendendole.

In primo luogo ha infatti disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (motivata dalla considerazione che l'appalto in questione concerneva un servizio di importo inferiore alla soglia comunitaria per il cui affidamento la stazione appaltante, anche se qualificata come ente aggiudicatore ai sensi dell'art.2 D.Lgs. n.158/95, non era tenuta al rispetto delle norme ad evidenza pubblica, sostenendosi che in tema di appalti sottosoglia la giurisdizione era devoluta al Giudice ordinario).

Detta eccezione era errata secondo il Tar perché, nel caso di specie, il valore del corrispettivo previsto per il primo anno di gestione (180.138,56 euro) doveva essere moltiplicato, secondo le disposizioni relative agli appalti destinati ad essere rinnovati di cui all'art. 9, settimo comma, del D.Lgs. n.158/95, per tre anni (che costituiva, a mente dell'art. 2 del contratto, il periodo complessivo per il quale l'aggiudicatario doveva proseguire il servizio, trattandosi di contratto che "si

intenderà tacitamente rinnovato d'anno in anno...per un massimo di due rinnovi oltre il primo”).

Ne conseguiva che l'importo complessivo dell'appalto era superiore al controvalore in euro di 400.000 DPS, (limite di valore oltre il quale devono trovare applicazione le disposizioni del cit. D.Lgs. n.158/95 recante “Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE in materia di appalti nei settori esclusi”), vertendosi nel caso di specie in appalto di servizi di cui all'allegato XVI-B (ed in specie al n. 23 dell'allegato, concernente i servizi di sicurezza) e quindi con l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica ivi previste.

Il Tar ha del pari disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione della clausola della lettera di invito che imponeva la presentazione di un'offerta economica anche per la modalità del servizio di vigilanza ispettiva (secondo la prospettazione dell'appellata il bando tale servizio invece non prevedeva).

Ciò perché, secondo i primi Giudici, la lettera di invito aveva definito le modalità di presentazione dell'offerta, precisando che i concorrenti avrebbero dovuto compilare in tutte le sue parti il modulo “dichiarazione di offerta”, che richiedeva l'indicazione del costo orario per i servizi di vigilanza fissa e del costo per minuto dei servizi ispettivi di zona.

Detto documento, nella parte in cui richiedeva ai concorrenti di valorizzare prestazioni di vigilanza ispettiva che non sono considerate nella specifica tecnica tra le attività oggetto del contratto (inquadrate nel “tipo di vigilanza: fissa”), determinava una situazione di obiettiva incertezza circa il contenuto e la portata lesiva della *lex specialis*.

L'appellata, operando nel convincimento che il servizio da affidare non comprendesse prestazioni di vigilanza ispettiva, aveva compilato il prospetto di cui



trattasi, indicando lo “zero sbarrato” in corrispondenza del prezzo per le attività di vigilanza itinerante.

In ragione di ciò essa era stata esclusa dalla gara non per un ipotetico inadempimento agli oneri formali, ma “per eccesso di ribasso” in relazione “alla proposta inerente il servizio ispettivo di zona”: ciò rendeva manifesto che la lesività della clausola in questione si era palesata soltanto con il provvedimento di esclusione.

Il Tar ha parimenti escluso la fondatezza della dedotta eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa notifica agli altri controinteressati ( da individuare nelle imprese non aggiudicatriche che, in caso di accoglimento del ricorso, sarebbero state sopravanzate dalla appellata): le altre imprese in gara, avendo inutilmente partecipato alla procedura, non avevano alcun interesse tutelato alla conservazione dell'atto stesso.

Nel merito il Tar ha ritenuto fondata la doglianza esposta nel primo motivo del mezzo di primo grado (quella, cioè, mercè la quale si è sostenuta la erroneità della estromissione dell'appellata dalla gara, in ragione della mancata indicazione del prezzo della vigilanza ispettiva, trattandosi di prestazioni affatto inconferenti con le attività oggetto del servizio da affidare).

La distinzione tra vigilanza fissa e vigilanza ispettiva si ritraeva dalle prescrizioni contenute nel regolamento di servizio degli istituti di vigilanza privata operanti in provincia di Milano ( approvato con decreto del Questore di Milano del 10 ottobre 2000) e nel decreto 19 dicembre 2001 con cui il Prefetto di Milano aveva determinato le c.d. tariffe di legalità per lo svolgimento del servizio.

L'art.8 del regolamento citato definiva la vigilanza fissa come servizio, espletato da una o più guardie particolari giurate, a mezzo piantonamento diurno e notturno ad un obiettivo; l'art.9 descriveva invece la vigilanza ispettiva come servizio di ispezione saltuaria, esterna o interna diurna o notturna, che sia svolto da una

guardia giurata presso uno o più obiettivi, il cui numero deve comunque essere congruo con riferimento all'orario di servizio, alla distanza, natura e dislocazione degli obiettivi.

Nel primo caso, l'obiettivo da vigilare era unico ed ininterrottamente controllato durante l'espletamento del servizio, nel secondo invece il servizio consisteva in accessi saltuari agli obiettivi sensibili, che siano dislocati all'interno della zona di competenza di un singolo operatore.

Il carattere che connotava il servizio di vigilanza fissa non consisteva quindi nel piantonamento statico degli operatori presso l'obiettivo da vigilare, che integrava solo una delle possibili modalità di espletamento del servizio, ma nella costante presenza delle guardie presso il singolo obiettivo oggetto del servizio di vigilanza; questo, quindi, poteva esplicarsi anche in un piantonamento dinamico lungo il perimetro dell'edificio o all'interno dell'area da vigilare( in altri termini, la vigilanza doveva considerarsi fissa presso un unico obiettivo sensibile, indipendentemente dalle dimensioni di questo).

I caratteri propri delle due diverse forme di espletamento del servizio si riflettevano anche sulle differenti modalità di pagamento del servizio. Come doveva evincersi, infatti, dal summenzionato decreto prefettizio, il servizio di vigilanza fissa, che si espletava ininterrottamente presso l'obiettivo considerato, era compensato mediante una tariffa oraria, mentre quello di vigilanza ispettiva, che consisteva in ripetuti e saltuari accessi, era retribuito in ragione di ogni minuto di prestazione dedicata ai singoli obiettivi controllati.

Dallo schema di contratto si evinceva che l'attività richiesta consisteva nella prestazione del servizio di sorveglianza antintrusione presso gli impianti ferroviari indicati all'art.1, da svolgere con le modalità descritte nella specifica tecnica cui rinvia l'art.3 e da compensare con il corrispettivo unitario orario previsto dall'art.11 dello schema medesimo.

Il servizio doveva essere assolto presso tre specifici impianti, ognuno dei quali controllato da una pattuglia (e non da un singolo operatore) che doveva costantemente operare presso l'obiettivo da vigilare durante l'orario di espletamento del servizio.

Secondo il Tar, quindi, le indicazioni offerte dalla lex specialis denotavano che il servizio di vigilanza da espletare era solo di tipo fisso (in tal senso esso era stato espressamente definito dalla specifica tecnica).

In contrario non valeva osservare che quest'ultima prevedeva la segnalazione del passaggio della pattuglia nei punti prestabiliti, trattandosi di una modalità di espletamento del servizio riconducibile alla vigilanza fissa, che non consisteva unicamente nel piantonamento statico (modalità questa che, a mente dell'art.11 del regolamento, connotava propriamente il servizio di vigilanza antirapina).

Rispondeva al vero che lo schema di contratto prevedeva la facoltà della direzione lavori di richiedere variazioni: ma ciò doveva pur sempre intendersi con esclusivo riguardo "alle attività di vigilanza programmate", ossia alle prestazioni descritte nella specifica tecnica (l'art.11 del contratto stipulato con ALFA aveva previsto di compensare anche gli eventuali interventi supplementari con la tariffa oraria -€ 19,18- propria del servizio di vigilanza fissa -laddove il costo orario minimo consentito per la remunerazione del servizio di vigilanza ispettiva è invece pari a € 21,60-).

Doveva quindi concludersi nel senso che l'appalto di cui trattasi aveva oggetto unicamente prestazioni di vigilanza fissa, per cui risultava irrilevante la mancata indicazione del corrispettivo per il diverso, e non richiesto, servizio di vigilanza ispettiva.

Di conseguenza doveva reputarsi illegittima l'esclusione dell'appellata e, in applicazione delle regole di gara, le quali prevedevano che "a parità di offerta economica si procederà a pubblico sorteggio", la stazione appaltante avrebbe

dovuto dare corso all'esecuzione di detto adempimento (rigettandosi al contempo il secondo motivo del ricorso di primo grado che, postulando l'esclusione della vittoriosa ALFA, avrebbe consentito a parte appellata di aggiudicarsi direttamente la gara).

Ricorso n. 4210/2005

La sentenza è stata appellata da Trenitalia SPA che ha nel merito fondato il proprio gravame sulla considerazione che il servizio di vigilanza ispettiva era parte rilevante dell'appalto in oggetto.

Essa ha ribadito comunque che non era tenuta all'applicazione delle norme evidenziali in quanto era inesatto affermare che – ai fini della determinazione dell'importo per qualificare lo stesso sotto-soglia o meno- il corrispettivo annuo dovesse essere moltiplicato per eventuali ed ipotetici rinnovi: detta moltiplicazione doveva avvenire unicamente laddove si fosse dato corso al rinnovo, e nei limiti del medesimo: ne conseguiva che difettava la giurisdizione del plesso amministrativo in subiecta materia.

Il ricorso, in ogni caso era inammissibile perché la clausola inimpugnata era immediatamente percepibile nella propria portata lesiva: parte appellata aveva omesso di conformarvisi (tutti gli altri partecipanti alla gara, invece, l'avevano intesa nel suo esatto significato e avevano adeguato la propria condotta alla prescrizione in oggetto) e non l'aveva del pari tempestivamente contestata.

Rilevava del pari, in termini di inammissibilità, l'omessa notifica del gravame alle altre partecipanti alla gara.

Nel merito, il ricorso di primo grado era certamente infondato, posto che il servizio di vigilanza ispettiva era parte rilevante dell'appalto in oggetto.

Avuto riguardo al concreto oggetto dell'appalto (pag. 17 e 18 del ricorso in appello) la vigilanza fissa era compatibile con la indicazione di altri obiettivi,

specifici e determinati, necessitanti vigilanza dinamica nel caso di specie coincidente con la vigilanza ispettiva (artt. 4 e 12 del contratto).

La specifica tecnica prevedeva che la pattuglia doveva essere composta anche da un automezzo, e tale prescrizione appariva logicamente già prima facie incompatibile con la tesi che oggetto dell'appalto fosse soltanto attività di vigilanza fissa.

L'appellata decisione non aveva colto tali profili e meritava pertanto di essere riformata.

Ricorso n. 4232/2005.

L'appellante aggiudicataria ALFA, soccombente in primo grado, ha impugnato la suindicata decisione prospettando tre distinti profili di difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, svolgendo poi considerazioni coincidenti con quelle prospettate da Trenitalia SPA e volte a dimostrare l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso di primo grado e la erroneità dell'appellata decisione accoglitiva del medesimo.

La stazione appaltante ha depositato una articolata memoria contenente le medesime deduzioni contenute nel ricorso in appello da essa proposto in via principale (ricorso n. 4210/2005) e del cui contenuto si è sopra riferito.

Alla camera di consiglio del 14 giugno 2005 fissata per l'esame dell'istanza cautelare di sospensione della esecutività della sentenza appellata la Sezione, con l'ordinanza n. 27567/2005, previa riunione dei suindicati ricorsi, ha accolto il petitum cautelare ritenendo sussistere il fumus in relazione alla corretta definizione dell'oggetto dell'appalto quale risultante dagli atti di gara intesi in base ad un principio di correttezza negoziale.

DIRITTO

La palese connessione oggettiva e soggettiva, impone la riunione e la trattazione congiunta dei relativi appelli (si veda, sul punto, ex multis, Consiglio Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3415, laddove si è condivisibilmente affermato che “possono essere riuniti e definiti con un'unica decisione anche gli appelli rivolti avverso sentenze diverse, ove comportanti la soluzione di identiche questioni sollevate nei riguardi dei medesimi provvedimenti impugnati in primo grado.”).

I riuniti appelli devono essere accolti, nei termini di cui alla motivazione che segue, con conseguente annullamento dell' appellata sentenza, reiezione del ricorso di primo grado e salvezza degli atti impugnati.

La prima questione da affrontare concerne la dedotta eccezione di difetto di giurisdizione del plesso amministrativo prospettata da entrambe le appellanti.

Essa è infondata.

Da un canto, infatti, il Collegio non intende discostarsi dalla condivisibile opzione ermeneutica di recente resa secondo cui “la strumentalità delle residuali attività espletate dal gestore di un servizio pubblico rispetto all'efficace gestione dello stesso va intesa in senso più elastico allorché l'organismo societario deputato all'espletamento del servizio sia integralmente sotto la mano pubblica e sia sottoposto - in forza dello statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente, prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività - ad un vincolo di scopo, attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse, di tipo spiccatamente pubblico, definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti pubblici (è quanto si verifica con riguardo a Trenitalia s.p.a., società a totale partecipazione pubblica, deputata in un'ottica monopolistica alla gestione di un essenziale servizio pubblico sotto il controllo dell'amministrazione statale).” (Consiglio Stato , sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569).

Sotto altro profilo, appare senz'altro condivisibile il percorso motivazionale del Tar in punto di quantificazione del valore dell'appalto al fine di verificare se esso fosse – o meno- “sottosoglia”.

Ciò per più ordini di ragioni: teleologico, ma anche letterale (fondato, cioè, come ha esattamente ritenuto il Tar sul tenore letterale della disposizione applicabile).

Quanto al primo, è il caso di rammentare l'ammonimento che proviene dalla giurisprudenza del Giudice contabile volto ad evitare che vengano adottate interpretazioni che artificiosamente “tengano bassi” i valori al fine di evitare l'applicazione delle disposizioni prescrittive evidenziali comunitarie (“anche nell'appalto-concorso deve essere sempre indicato il valore del progetto generale di massima, essendo necessario che gli offerenti conoscano, sia pure con approssimazione, i limiti finanziari entro cui l'amministrazione intende muoversi, a parte l'esigenza che l'amministrazione stessa effettui la previa valutazione delle proprie disponibilità; inoltre, ove si ammettesse l'indizione di un appalto-concorso senza l'indicazione del valore del progetto generale di massima, sarebbe assai facile eludere la disciplina comunitaria, in quanto basterebbe indicare il valore del solo primo lotto dei lavori, artatamente mantenuto al di sotto della soglia che impone la procedura concorsuale. “-Corte Conti , sez. contr., 17 maggio 1993, n. 80-).

Di tali esigenza ha fatto costante buongoverno la giurisprudenza amministrativa di primo grado (tra le tante: “l'individuazione del valore dell'appalto non può dipendere dalle offerte dei concorrenti, ma deve essere tratto dall'importo messo in bilancio, non essendo consentito prescegliere altri metodi di calcolo, stante la disposizione di cui all'art. 4 d.lg. n. 157 del 1995 che fa espresso divieto di utilizzo di metodi valutativi che comportino una "elusione" dell'applicazione del decreto.”- T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 31 marzo 2006, n. 3304-).

Armonicamente rispetto a tale esigenza si pone, ad avvalorare la infondatezza della dedotta eccezione, il disposto di cui al comma 7 dell'art. 9 de D.lvo n. 158/1995 :

“Quando si tratta di un acquisto di forniture o di servizi per un determinato periodo attraverso una serie di appalti da attribuire ad uno o più fornitori o prestatori di servizi, oppure di appalti destinati ad essere rinnovati, il valore dell'appalto deve essere calcolato in base:

a) al costo totale degli appalti che sono stati stipulati nel corso dell'esercizio finanziario o dei dodici mesi precedenti e che presentano caratteristiche analoghe, corretto, ove possibile, in funzione delle modifiche prevedibili in termini di quantità o di valore che interverranno nei dodici mesi successivi, oppure:

b) al valore totale degli appalti da aggiudicare nel corso dei dodici mesi successivi all'attribuzione del primo contratto, oppure in tutto il periodo di validità dell'appalto, se quest'ultimo è superiore a dodici mesi”.

Nel caso di specie è indubbio che si trattasse di un appalto destinato al rinnovo (così l'art. 2 del contratto secondo cui tale era periodo complessivo per il quale l'aggiudicatario doveva proseguire il servizio, trattandosi di contratto che “si intenderà tacitamente rinnovato d'anno in anno....per un massimo di due rinnovi oltre il primo”, con facoltà di disdetta sottoposta ad un rigido regime procedurale).

Pertanto (il valore “sottosoglia” ex art. 9 del d.lvo n. 158/1995 era pari a € 400.000) posto che il valore del corrispettivo previsto per il primo anno di gestione (180.138,56 euro) doveva essere moltiplicato per ciascun anno di servizio, era ben superato il limite di valore previsto ex lege.

Tale prescrizione opera in via anticipata ed astratta, è bene evidenziarlo costituendo dato dal quale dipende la individuazione della lex regolatrice della gara. Non può rivestire effetto preclusivo dell'applicabilità della medesima la circostanza (evidenziata dalle appellanti, rispettivamente, a pag. 7 del ricorso in appello di ALFA SPA ed a pag. 12 del mezzo proposto da Trenitalia SPA) che in concreto il rinnovo sia stato successivamente disposto per un tempo inferiore a quello previsto, trattandosi all'evidenza di un post-factum rispetto al momento decisivo



per stabilire la disciplina applicabile alla gara, non decisivo con riguardo a tale aspetto.

D'altro canto, seguendo la tesi patrocinata dalle appellanti si giungerebbe alla illogica conclusione che la norma in questione non opererebbe mai ex ante, atteso che soltanto successivamente alla conclusione della gara ed alla intrapresa del servizio sarebbe possibile conoscere con certezza se la stazione appaltante abbia o meno dato corso al rinnovo.

Ne discenderebbe poi che, nella evenienza in cui il servizio si fosse effettivamente protratto come da previsione negoziale, ove la lex regolatrice della gara fosse stata collidente con la prescrizione di derivazione comunitaria, la gara medesima sarebbe sempre e comunque afflitta da irregolarità superveniens.

L'unica interpretazione che possa scongiurare il rischio della sostanziale inutilità della prescrizione normativa in questione, pertanto, è quella patrocinata dal Tar e da ciò consegue la reiezione delle doglianze sul punto.

Quanto al terzo profilo di censura postulante il difetto di giurisdizione contenuto a pag. 8 del ricorso in appello di ALFA SPA la stessa formulazione perplessa del medesimo farebbe propendere per la declaratoria di inammissibilità.

In più, può aggiungersi che ad avviso del Collegio i dubbi ivi prospettati non hanno ragione d'essere atteso che, una volta ricondotta la stazione appaltante tra quelle destinatarie delle prescrizioni di cui al d. lvo n.158/1995 sarebbe ben singolare che alla stessa non si applicassero proprio le disposizioni maggiormente qualificanti del decreto medesimo, in tema di necessaria adozione delle procedure evidenziali con riguardo all'affidamento degli appalti.

Non sussiste del pari la prospettata causa di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica del mezzo agli altri partecipanti alla gara: costoro, graduatisi deteriormente, e non essendo autonomamente insorti avverso l'esito della gara, all'evidenza non rivestivano la qualità di controinteressati ("i

partecipanti ad una gara d'appalto, in assenza di aggiudicazione, non rivestono la posizione di controinteressati nel giudizio relativo all'impugnazione di un provvedimento di esclusione della gara stessa.”Consiglio Stato , sez. V, 21 ottobre 1992, n. 1026).

In ultimo deve essere presa in esame la doglianza relativa alla supposta causa di inammissibilità del ricorso di primo grado per tardività, a cagione dell'omessa immediata impugnazione del bando di gara.

In armonia con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale “le clausole dei bandi di concorso che prevedono requisiti soggettivi di partecipazione sono immediatamente lesive e devono essere impugnate immediatamente dai soggetti interessati, senza attendere l'adozione di appositi provvedimenti di esclusione del concorrente. Questa regola, tuttavia, presuppone che la disposizione del bando sia assolutamente chiara ed univoca nel suo contenuto precettivo e non richieda alcuna significativa attività interpretativa né dei destinatari del bando, né degli organi dell'amministrazione che ne debbano fare applicazione” (Consiglio Stato , sez. V, 07 novembre 2007, n. 5776), appare decisivo, al fine di far rilevare l'infondatezza della censura (e la esattezza della statuizione dei primi Giudici che in primo grado respinsero la relativa eccezione), dare in primo luogo conto del fatto che le clausole censurate non precludevano (né preclusero, in effetti) la partecipazione alla gara dell'appellata.

Secondariamente, al momento dell'emissione del bando non era preconizzabile con certezza la lesione che l'appellata avrebbe subito, dipendendo quest'ultima dalla interpretazione che il seggio di gara avrebbe reso della omessa indicazione del corrispettivo relativo alla vigilanza mobile/dinamica (“l'impugnazione immediata degli atti di gara è ammissibile e necessaria solo se -e nei limiti in cui- gli atti del procedimento producano un pregiudizio immediato, come nel caso dell'impugnazione del bando di gara con riguardo alle clausole comportanti la certa

esclusione dell'aspirante concorrente per carenza di requisiti di partecipazione, e non, invece, nel caso in cui le determinazioni assunte non siano produttive, di per sè, di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma solo eventuale, futuro e incerto, per il soggetto interessato” -Consiglio Stato , sez. V, 08 settembre 2003, n. 5036-).

Ne discende la infondatezza della doglianza di tardività dell'impugnazione per omessa tempestiva impugnazione del bando.

Nel merito, invece, i riuniti appelli sono fondati e devono essere accolti.

Invero è incontestato che parte appellata omise ogni indicazione nell'apposito riquadro del bando relativo alla somma da offrire con riguardo alla “vigilanza ispettiva”.

Al contempo, deve evidenziarsi che – sebbene tale argomento non sia ex se dirimente- è rimasta incontestata l'affermazione dell'appellante Trenitalia SPA (si veda pag 15 della propria memoria difensiva e pag. 14 del ricorso in appello) secondo cui, nel novero delle imprese partecipanti alla gara, l'appellata ricorrente di primo grado fu l'unica ad omettere tale indicazione: ciò costituisce indice, sotto il profilo logico, della circostanza che la interpretazione della clausola riferibile alle altre partecipanti alla gara era in linea con quanto patrocinato dalle appellanti.

A tale riguardo, il Collegio condivide l'orientamento (Consiglio Stato , sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441) secondo cui la complessiva interpretazione del bando di gara sia orientata dal principio di buona fede, e che essa sia guidata dai canoni ermeneutici legali di cui agli artt. 1362 e segg. CC (ex multis, Consiglio Stato , sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866)

Al contempo, il Collegio non ignora, ed, anzi, condivide, il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. ex multis C.S., Sez. V, 13 novembre 2002, n.6300) secondo il quale la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo cui compete

l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento nè alcuna possibilità di interpretazione della portata sostanziale delle clausole inosservate e di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*.

E' noto poi che l'applicazione di tali principi postuli il carattere chiaro della regola controversa e che la sua univocità debba essere valutata con riferimento al sistema delle clausole connesse dirette a disciplinare l'adempimento considerato e non con esclusivo ed astratto riguardo alla singola previsione.

Orbene, come lucidamente colto già in sede cautelare, numerosi indici prescrittivi deponevano per la ricomprensione della vigilanza dinamica nell'oggetto dell'appalto da svolgere, senza che potesse neppure ipotizzarsi una eventuale oscurità o complessità del bando.

In primo luogo, ovviamente, la prescrizione relativa alla necessità di una offerta che indicasse il prezzo di tale voce (prescrizione, questa, non ottemperata dall'appellata) sarebbe stata del tutto priva di significato nella ipotesi contraria, accolta dal Tar.

In secondo luogo, e di tale profilo i primi Giudici non si sono avveduti, fondando la loro statuizione unicamente sulla distinzione prefettizia tra i concetti di sorveglianza fissa e dinamica, numerosi altri indici deponevano per la non inutilità/inconferenza della clausola in questione.

In primis: sono rimaste incontestate, in punto di fatto, le logiche deduzioni dell'appellante Trenitalia SPA (si vedano in particolare pagg. 18 e 19 della memoria) relative alla insufficienza/impossibilità/inutilità di una vigilanza fissa per aree (ex caserma Polfer, area circostante edificio via Calvino, punti nn.6 e 2 della

indicazione relativa all'oggetto del contratto contenuta sub art.1 della lex della gara) di vastissima estensione, pari anche a 2000 mt lineari.

Trattandosi di elementi fondati sulla geografia dei luoghi, e ben noti all'appellata partecipante alla gara, la retorica puntualizzazione dell'appellante secondo cui prevedere per aree di simile estensione una sorveglianza esclusivamente esercitata mercè postazione fissa avrebbe dovuto comportare la "installazione di una garitta ogni cento metri" (pag 19 della richiamata memoria) ovvero sarebbe risultata del tutto impossibile/inutile conduce alla conseguente risposta per cui una interpretazione attenta del bando non poteva non militare per la ricomprensione del servizio di vigilanza ispettiva nell'oggetto dell'appalto, proprio con riguardo alla "res" che costituiva l'obiettivo da vigilare.

Di tali logiche deduzioni non poteva non avvedersi l'appellata, che avrebbe dovuto coniugare il ragionamento in ordine al quomodo della prescrizione da svolgere con la clausola da essa inosservata.

Ma v'è di più.

E'contestato ed incontestabile (art. 3 dello schema di contratto) che quanto al quomodo di svolgimento del servizio, le partecipanti alla gara avrebbero dovuto fare riferimento alla "specificata tecnica".

In essa si fa riferimento a "una pattuglia dovrà espletare i controlli segnalando il passaggio..."; soprattutto, si distingue (secondo cpv) la tipologia di sorveglianza, specificando che "durante la sorveglianza fissa i vigili...": ove non fosse stata prevista nell'oggetto del contratto altra forma di vigilanza, v'è da chiedersi perché la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare il tipo di sorveglianza cui era ricollegato l'incombente ivi previsto.

Lo schema di contratto inoltre dettava una disposizione (ci si riferisce all' art. 4 comma 4, in ordine alla possibilità di introdurre variazioni: prescrizione, quest'ultima, doppiata dall'analoga disposizione di cui all'art.12 della medesima

fonte) relativa al “numero di ispezioni da eseguire” palesemente incompatibile con la tesi patrocinata dall'appellata ed accolta dal Tar.

E se anche si volesse ritenere (come pare ricavarsi dall'esposizione dei primi Giudici) che comunque la vigilanza ispettiva costituiva una eventualità prevista in ipotesi di eventuale modifica delle condizioni del servizio, non è dato comprendere la ragione per cui l'amministrazione non avesse il diritto di conoscere quale sarebbe stato il prezzo offerto dalle partecipanti alla gara per tale porzione di attività, una volta che si era riservata il diritto di introdurre modificazioni.

In ultimo, è opportuno rilevare che la stessa appellata non ha ommesso ogni indicazione in ordine alla voce relativa alla vigilanza saltuaria ma ha, come rilevato dallo stesso Tar “,compilato il prospetto di cui trattasi, indicando lo zero sbarrato in corrispondenza del prezzo per le attività di vigilanza itinerante.”

Ha, cioè, offerto tariffa zero, per una prestazione dedotta nel bando e che al momento della compilazione dell'offerta essa stessa (che altrimenti si sarebbe dovuta del tutto astenere dall'apporre qualsiasi indicazione nel riquadro) ha riconosciuto implicitamente rientrare nella gamma dei servizi da offrire.

Pare al Collegio che a fronte di tale lacuna il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado si appalesasse quale atto necessitato e che colgano nel segno i riuniti appelli che, pertanto, devono essere accolti nei termini di cui alla motivazione con annullamento dell'appellata decisione, reiezione del ricorso di primo grado e salvezza degli atti impugnati.

Le spese del giudizio possono essere compensate, sussistendone le condizioni di legge, ravvisabili nella particolarità e complessità degli aspetti fattuali sottesi alla presente controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione sesta, definitivamente pronunciando sui riuniti ricorsi in appello in epigrafe, li accoglie nei termini di cui

alla motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnata sentenza e respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2010 con l'intervento dei Signori:

Roberto Garofoli, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione