

N. 28768/2010 REG.SEN.
N. 11251/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 11251 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

“ISTITUTO VIGILANZA URBE S.p.a.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alfredo Passaro e Antonella Giglio ed elettivamente domiciliato presso lo studio dei suindicati difensori in Roma, Via A. Gramsci, n. 14;

contro

il “CONSORZIO GAIA - Gestione associata interventi ambientali S.p.a. in Amministrazione straordinaria”, in persona del commissario straordinario pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giampaolo Rossi e Sergio Coccia ed elettivamente domiciliato presso lo studio dei suindicati difensori in Roma, Viale di Trastevere, n. 78;

nei confronti di

- “COSMOPOL S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Corrado Morrone, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, Viale XXI Aprile, n. 11 (Studio Legale Associato Panunzio);
- “SICURITALIA GROUP S.p.a.”, in persona del rappresentante legale pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, anche in virtù di motivi aggiunti

- della nota prot. n. 2839 in data 21 dicembre 2009 del direttore tecnico, con la quale il Consorzio Gaia S.p.a. (in Amministrazione straordinaria) ha comunicato di aver aggiudicato alla Cosmopol S.r.l. l'appalto per l'affidamento annuale del servizio di vigilanza armata da svolgersi presso la discarica di "Colle Fagiolaro" in Colleferro (RM);
- degli atti relativi alla gara espletata in totale seduta segreta e dell'eventuale successivo provvedimento con il quale il Commissario straordinario ha aggiudicato definitivamente l'appalto per l'affidamento annuale del servizio di vigilanza armata da svolgersi presso la discarica di "Colle Fagiolaro" in Colleferro (RM) alla Cosmopol S.r.l.;
- della lettera di invito, con allegato capitolato speciale d'oneri, prot. n. 2480 del 4 novembre 2009 con la quale sono state determinate le norme che hanno regolato la procedura dell'evidenza pubblica adoperata, ai sensi dell'art. 125 del decreto legislativo n. 163 del 2006;

- della raccomandata prot. n. 2584 del 17 novembre 2009 con la quale è stata disposta un'integrazione alle norme che hanno regolato la procedura per l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento annuale del servizio di vigilanza armata da svolgersi presso la discarica di "Colle Fagiolaro" in Collesalerno;
- dell'ordine n. 211/09 del 9 dicembre 2009 del direttore tecnico con il quale si comunica alla Cosmopol S.r.l. l'aggiudicazione in via definitiva alla stessa, per l'anno 2010, del servizio di vigilanza armata presso il Consorzio Gaia S.p.a. in Amministrazione straordinaria;
- del verbale n. 2 con il quale l'intera commissione di gara, il 7 dicembre 2009, sottoscrive l'assegnazione dell'appalto annuale del servizio oggetto di gara alla Cosmopol S.r.l.;
- di ogni altro atto antecedente, concomitante e successivo nonché con la conseguente richiesta di condanna del Consorzio Gaia S.p.a. in Amministrazione straordinaria al risarcimento del danno ingiusto subito a causa dell'illegittima aggiudicazione, anche in forma specifica, ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, così come modificato dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000.

Visti il ricorso principale e quello recante i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale n. 6150 del 29 dicembre 2009 di accoglimento dell'istanza cautelare inaudita altera parte;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio resistente e

della Società controinteressata e i documenti prodotti;

Vista l'ordinanza n. 61 emanata da questo Tribunale in data 14 gennaio 2010, di accoglimento dell'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Esaminate le ulteriori memorie difensive con i documenti versati in giudizio;

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 24 febbraio 2010 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame l'Istituto vigilanza dell'Urbe S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, ISTITUTO) ha impugnato il provvedimento assunto dal direttore tecnico del Consorzio Gaia S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, CONSORZIO), prot. n. 2839 in data 21 dicembre 2009, con il quale è stata aggiudicata alla Cosmopol S.r.l. (d'ora in poi, per brevità, COSMOPOL) la procedura per l'affidamento annuale del servizio di vigilanza armata da svolgersi presso la discarica di "Colle Fagiolarà" in Colleferro.

Riferiva l'ISTITUTO di essere stato affidatario del servizio di vigilanza armata presso la discarica di "Colle Fagiolarà" in Colleferro

per conto del CONSORZIO con contratto in scadenza il 31 dicembre 2009.

Soggiungeva che, nell'imminenza della scadenza contrattuale, il CONSORZIO decideva di indire una procedura selettiva, ai sensi dell'art. 125 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici), presumibilmente in quanto l'importo complessivo del servizio non raggiungeva la c.d. soglia comunitaria, per l'affidamento annuale del suddetto servizio.

Raccontava l'ISTITUTO che, dopo essere stato invitato a partecipare alla selezione, aveva ricevuto, come le altre ditte di vigilanza invitate, una lettera di integrazione delle regole procedurali predisposte nel capitolato, con la quale si chiariva da parte del CONSORZIO procedente che:

- a) per la presentazione dell'offerta avrebbe dovuto essere preso in considerazione il tariffario minimo previsto dal decreto prefettizio, ai fini della verifica della congruità del prezzo;
- b) sarebbe stato indispensabile dichiarare, a pena di esclusione, di assolvere a tutti gli obblighi contrattuali, previdenziali ed assistenziali previsti dal CCNL di categoria.

Lamentava il ricorrente che dopo aver presentato tutta la documentazione necessaria, per come richiesto dal CONSORZIO, non veniva reso edotto in ordine ad alcuna notizia relativa allo svolgimento delle fasi della procedura e soltanto per effetto delle richieste rivolte al CONSORZIO, al fine di conoscere l'esito della

gara, gli veniva comunicato che la stessa era stata aggiudicata alla COSMOPOL.

Proponendo un unico ma complesso motivo di gravame, suddiviso in distinti profili di illegittimità, l'ISTITUTO ricorrente chiede ora l'annullamento giudiziale della selezione nonché il risarcimento del danno, anche in forma specifica, in ragione del pregiudizio sofferto.

2. – Con decreto presidenziale n. 6150 del 29 dicembre 2009, il Presidente della Sezione accoglieva l'istanza cautelare inaudita altera parte proposta dall'ISTITUTO ricorrente.

Si costituivano in giudizio sia il CONSORZIO resistente che la controinteressata COSMOPOL sollevando talune eccezioni preliminari e chiedendo, comunque e nel merito, la reiezione del gravame proposto dal ricorrente.

Restava, invece, estranea alla contesa giudiziale la Sicuritalia Group S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, SICURITALIA), Società seconda classificata all'esito della procedura qui oggetto di contestazione, pure raggiunta dalla notifica del ricorso introduttivo.

3. – Venuto a conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla COSMOPOL in occasione del deposito della costituzione in giudizio del CONSORZIO, l'ISTITUTO ricorrente proponeva motivi aggiunti nei confronti di tale atto, integrando in tal modo le censure già dedotte con il ricorso introduttivo.

Con ordinanza n. 61 del 14 gennaio 2010 questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente.

Le parti hanno poi depositato memorie difensive nelle quali hanno confermato le già rassegnate conclusioni.

4. – Il ricorrente ISTITUTO ha dedotto i seguenti motivi di censura nei confronti della procedura svolta dal CONSORZIO:

1) Violazione dei presupposti di cui all'art. 82 del decreto legislativo n. 163 del 2006, perché il CONSORZIO procedente, decidendo di affidare il servizio secondo il criterio del “prezzo più basso” non ha predeterminato i criteri di valutazione delle offerte che sarebbero state presentate dalle ditte invitate a partecipare alla selezione. Tale criterio non può coincidere con il “tariffario minimo previsto dal decreto prefettizio”, di cui alla nota di integrazione della disciplina di gara, atteso che detto criterio in realtà costituisce solo il parametro utile ad effettuare la verifica di congruità delle offerte;

2) Eccesso di potere per violazione dei principi di correttezza e di trasparenza, visto che il CONSORZIO ha ritenuto di potere svolgere l'intera procedura, ivi compresa la fase di apertura delle buste contenenti i documenti e le offerte, in seduta segreta e, dunque, senza attivare alcuna seduta pubblica per la verifica dell'integrità delle buste pervenute e ciò pur avendo previsto, nella disciplina di gara, che in caso di parità tra due offerte si sarebbe proceduto ad una rinegoziazione dei prezzi proposti e delle prestazioni da effettuare tra le ditte che avevano offerto la stessa cifra;

3) Mancata richiesta del titolo abilitativo al servizio di vigilanza

armata, dal momento che la legge speciale di gara predisposta dal CONSORZIO non aveva previsto che i partecipanti dovessero dimostrare di essere in possesso del titolo prefettizio che autorizzi (il concorrente) ad effettuare il servizio di vigilanza armata nel territorio di Roma e provincia, non potendo essere considerato equipollente il documento della Camera di commercio da cui si evinca che tra le attività che può svolgere il concorrente sia inclusa l'attività di vigilanza armata.

Con il ricorso contenente motivi aggiunti l'ISTITUTO integrava il primo motivo di doglianza già dedotto con il ricorso principale ed a quelli inseriti nell'atto introduttivo aggiungeva la contestazione circa la mancata attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da COSMOPOL.

5. – Preliminarmente, rispetto alle considerazioni sulla infondatezza delle censure dedotte dall'ISTITUTO e riguardanti il merito della controversia, i contraddittori sollevano talune eccezioni in rito che, pertanto, vanno scrutinate in via prioritaria al fine di verificare la correttezza processuale della proposizione del gravame ovvero delle singole censure.

In particolare il CONSORZIO resistente eccepisce:

a) il difetto di contraddittorio in quanto il ricorso non è stato notificato – dall'ISTITUTO ricorrente classificatosi solo al terzo posto – alla SICURTALIA, vale a dire alla concorrente classificatasi al secondo posto;

b) l'inammissibilità della domanda risarcitoria nella parte in cui chiede il ristoro per equivalente, oltre a quello in forma specifica, prospettando nel presente contenzioso l'ISTITUTO ricorrente un interesse strumentale alla riedizione della procedura e non anche diretto all'affidamento in suo favore del servizio;

c) la tardività della proposizione dei motivi aggiunti in quanto i nuovi vizi censurati con tale atto non trovano radice in documenti conosciuti successivamente rispetto alla notifica del provvedimento principalmente impugnato e, dunque, ben potevano (e dovevano) essere dedotti nei termini decadenziali decorrenti dalla conoscenza di detto provvedimento.

Dal canto suo la controinteressata COSMOPOL eccepisce:

a) l'improcedibilità del ricorso in quanto questo ha come bersaglio non tanto la correttezza dell'aggiudicazione intervenuta nei confronti della stessa COSMOPOL, quanto piuttosto l'illegittimità dell'intera procedura, di talché l'atto introduttivo avrebbe dovuto essere notificato al secondo classificato SICURITALIA;

b) l'inammissibilità della prima censura dedotta dall'ISTITUTO, atteso che quest'ultimo, partecipando alla gara e prestandovi acquiescenza, non può più, ora, dolersi della scelta svolta dal CONSORZIO circa la procedura opzionata per la scelta dell'affidatario del servizio nonché in ordine alle modalità di svolgimento, chiaramente declinate nell'atto contenente la disciplina della procedura selettiva;

c) l'inammissibilità della domanda risarcitoria proposta dal ricorrente in quanto quest'ultimo non ha espressamente richiesto, nella sede giudiziale adita, che l'appalto sia aggiudicato in suo favore;

d) la tardività della proposizione dei motivi aggiunti, in virtù di considerazioni identiche rispetto a quelle formulate dal CONSORZIO e delle quali sopra si è riferito.

6. – Le prime due eccezioni sopra riprodotte nei due elenchi (in entrambi i casi sub a) sono smentite dai fatti, in quanto vi è prova in atti che l'ISTITUTO ricorrente ha provveduto a notificare anche alla seconda classificata SICURITALIA sia il ricorso principale che quello recante motivi aggiunti.

In argomento giova, comunque, osservare che la presente impugnativa, interposta avverso l'atto di aggiudicazione conclusivo di una procedura per l'appalto di un pubblico servizio, censurando l'insufficienza dei criteri generali di valutazione (in via principale, restando residuali, per quel che si dirà oltre, le censure inerenti l'illegittima aggiudicazione in favore di COSMOPOL), appare diretta a conseguire la caducazione dell'intera procedura concorsuale e, conseguentemente, la rinnovazione della gara: ebbene, questo obiettivo è già di per sé sufficiente a radicare l'interesse (strumentale) di parte ricorrente alla coltivazione del gravame, in quanto idonea a consentire la possibilità di partecipare di nuovo alla gara (o al subprocedimento) e, quindi, una nuova chance di aggiudicazione.

Non occorre, a tal uopo, che la parte ricorrente debba giustificare

l'interesse a ricorrere in relazione alla certezza o alla probabilità dell'esito favorevole, salvo che non risulti che, per altre ragioni, il risultato favorevole non sia raggiungibile (se non, per quanto si dirà, limitatamente alla formula risarcitoria riferibile al pregiudizio sofferto).

Dalle superiori considerazioni discende, quindi, che il ricorso proposto dal concorrente, che vuol far valere l'interesse strumentale alla riedizione della selezione, non deve necessariamente e a pena di inammissibilità essere notificato a tutte le ditte partecipanti alla gara e neanche alla ditta seconda classificata, dal momento che soltanto la ditta aggiudicataria va individuata come soggetto controinteressato, essendo l'unica ad aver acquisito, sulla base dell'atto impugnato, una posizione giuridica di vantaggio in via immediata.

Del resto, l'interesse qualificato della seconda classificata potrebbe essere collegato astrattamente soltanto agli effetti di un eventuale atto del CONSORZIO dispositivo di uno scorrimento in graduatoria, ma, in assenza dell'intervento di un siffatto evento - peraltro nella specie neanche profilato- SI deve ritenere insussistente un interesse concreto ed attuale della seconda classificata alla sorte dell'atto impugnato.

Semmai quest'ultima, nel caso di specie, assume una posizione identica a quella dell'ISTITUTO ricorrente e, quindi, di cointeressata, atteso che il favorevole esito del giudizio produrrebbe vantaggi - e non svantaggi - alla sua posizione soggettiva, favorita dalla nuova

opportunità di veder rivalutata l'offerta (a suo tempo) proposta nel corso della riedizione della selezione.

7. – Sulla eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria, rispetto alla quale si apprezzano talune sfumature di non immediata infondatezza, pare opportuno al Collegio posticiparne l'esame al momento dello scrutinio di tale domanda proposta dal ricorrente.

Appare all'evidenza infondata l'eccezione, sollevata da entrambi i contraddittori dell'ISTITUTO ricorrente, circa la tardività della proposizione dei motivi aggiunti.

Anche in questo caso, in via di fatto, il rilievo si appalesa insussistente tenuto conto che il primo – e principale - dei provvedimenti impugnati con l'atto introduttivo, vale a dire la nota n. 2839 con la quale è stato comunicato all'ISTITUTO che la gara era stata aggiudicata alla COSMOPOL, indipendentemente dal giorno in cui detto provvedimento ha raggiunto il ricorrente, è datato 21 dicembre 2009: posto che le copie fotostatiche delle ricevute di raccomandata (versate in atti), mezzo con il quale sono stati notificati i motivi aggiunti, recano la data del 10 febbraio 2010, emerge con chiarezza che tutte le censure dedotte – sia con il ricorso principale che con quello recante motivi aggiunti - sono state proposte con atti notificati entro il termine decadenziale di 60 giorni (di cui al combinato delle disposizioni contenute negli artt. 21, primo comma e 23-bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034) dalla conoscenza (anche presunta) degli atti fatti qui oggetto di gravame.

Deriva da ciò la tempestività di tutte le censure dedotte dal ricorrente.

8. – Residua lo scrutinio di un'ultima eccezione preliminare sollevata da COSMOPOL, che sostiene l'inammissibilità delle censure dedotte dal ricorrente in ordine al metodo di scelta del contraente opzionato dal CONSORZIO per il fatto di avere il ricorrente medesimo partecipato alla procedura senza nulla previamente contestare, prestando quindi acquiescenza sia al sistema di affidamento che alla disciplina di gara, rispettivamente scelto e predisposta dal CONSORZIO procedente.

A confutare il fondamento di tale eccezione propendono i ferrei richiami interpretativi della giurisprudenza, che non si ha ragione di non condividere anche in questa occasione, secondo i quali:

a) mentre l'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo esige, per la sua stessa configurabilità, il compimento di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la sua chiara ed irrefutabile volontà di accettare gli effetti e l'operatività e che si riferiscano ad un momento successivo rispetto a quello in cui si verifica la lesione dell'interesse legittimo successivamente azionato;

b) all'opposto, la partecipazione ad una selezione per l'affidamento di una commessa pubblica non implica alcuna accettazione ed inoppugnabilità di clausole della lex specialis regolanti la procedura, in ipotesi illegittime, fino a che, in relazione al concreto esito della

procedura di gara stessa, non si riveli che quella specifica disposizione, configurante un criterio di aggiudicazione, abbia avuto un'applicazione sfavorevole e svantaggiosa per il partecipante, insorgendo l'interesse alla contestazione solo in base alla conoscenza di tale esito;

c) fatta eccezione per l'ipotesi in cui l'atto con il quale si predispose la disciplina di gara contenga clausole ad *excludendum* che impediscano la partecipazione del concorrente alla gara e che quindi, essendo immediatamente pregiudizievoli, impongano a costui di proclamare subito in sede giudiziale la propria contrarietà ad esse e quindi di manifestare nell'immediatezza le asserite prospettazioni di illegittimità, il pregiudizio per il concorrente, al quale non sia inibito dalla *lex specialis* di gara – che pure contenga previsioni ritenute illegittime dal concorrente medesimo - di partecipare alla stessa, si attualizza soltanto all'esito (infausto per l'interessato) della procedura.

Ne consegue che, ai fini della impugnabilità degli atti contenenti le regole di una gara per l'affidamento di un appalto, la lesività concreta delle disposizioni da censurarsi si pone solo a conclusione del procedimento, in guisa tale che, anteriormente alla conclusione (sfavorevole) della gara, non può configurarsi alcun interesse alla contestazione e nessuna ragionevole prognosi di acquiescenza alle prescrizioni ritenute illegittime, non recando in sé la mera partecipazione (incontestata) alla gara alcun indizio di acquiescenza

alle regole della procedura da parte dei concorrenti che non esprimono con la loro partecipazione (ripetesi) alcuna acquiescenza né accettazione implicita delle clausole del bando (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2008 n. 6523 nonché T.A.R. Lazio, Sez. III, 5 febbraio 2008 n. 951).

In ragione di quanto sopra sia il ricorso principale che quello contenente motivi aggiunti si presentano tempestivi ed ammissibili, anche con riferimento alle singole censure dedotte.

9. – Passando ad esaminare il merito della controversia, con riferimento alle singole censure dedotte dal ricorrente, emerge documentalmente come il CONSORZIO abbia avviato una procedura selettiva, ai sensi dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, qualificandola quale “procedura negoziata (cottimo fiduciario), ex trattativa privata con assegnazione del servizio all'impresa invitata che presenti l'offerta più bassa a prezzi unitari (il minor costo orario omnicomprensivo del servizio)” (così, testualmente a pag. 10 della memoria di costituzione del resistente CONSORZIO). Da ciò la resistente fa discendere due conseguenze che si pongono in antitesi con le prospettazioni di parte ricorrente:

A) non doveva il regolamento di gara chiarire alcunché alle partecipanti sul prezzo da proporre, essendo sufficiente il riferimento al decreto prefettizio valido per la Provincia di Roma , cioè il decreto 10 maggio 2005 n. 3601/ AREA O.S.P., che stabilisce una tariffa oraria per la vigilanza fissa (pari a euro 24,70);

B) per le procedure di cottimo fiduciario superiori alla soglia dei ventimila euro di valore del contratto non debbono essere osservate le stringenti regole di pubblicità delle operazioni di scelta previste dal Codice per gli affidamenti aventi ad oggetto contratti di valore maggiore.

10. – L'incipit giuridico dal quale muovono le controdeduzioni espresse dal CONSORZIO, alle quali si richiamano le considerazioni svolte dalla controinteressata COSMOPOL non possono condividersi.

Come è noto l'istituto del cottimo fiduciario va considerato come una particolare procedura per l'acquisizione in economia di beni, servizi o lavori che si caratterizza per il rapporto diretto che intercorre, in deroga rispetto alle normali procedure dell'evidenza pubblica, tra il competente funzionario dell'Amministrazione e il privato contraente. Ne è testimone e, al tempo stesso, strumento di chiarezza l'art. 125, comma 2, del Codice che, per l'appunto testualmente proclama che “per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 10”.

Sul punto è bene ricordare che il tenore dell'art. 121, comma 1, del Codice dei contratti pubblici non lascia adito a dubbi interpretativi allorché espone un criterio, di massima, di pieno parallelismo tra le procedure che lo stesso Codice individua per l'affidamento di lavori, servizi, forniture di valore superiore alla soglia comunitaria e

per quelli di valore inferiore a detta soglia. La norma, rubricata come “Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria”, così recita: “Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo”.

Appare evidente come il legislatore nazionale nel redigere la surriprodotta norma, facendo ben attenzione ad utilizzare la significativa espressione “disposizione” piuttosto che “principio”, ha ritenuto di effettuare una “scelta di campo” e quindi di esportare tutte le prescrizioni contenute nel Codice per le procedure c.d. sopra-soglia nel territorio applicativo delle procedure c.d. sotto-soglia, eccezion fatta per le singole disposizioni che, raccolte negli articoli da 121 a 125, dovessero contenere deroghe a siffatto criterio generale di (pan)applicabilità normativa.

La lettura della richiamata norma conduce, quindi, ad affermare che anche agli affidamenti di modesto valore debbono trovare applicazione le disposizioni stabilite dal Codice per l'affidamento di contratti di valore rilevante, a meno che non compaiano nello stesso Codice richiami e prescrizioni di natura derogatoria; tali prescrizioni, tuttavia, non potranno ovviamente e a propria volta derogare ai principi generali che l'ordinamento comunitario, in prima battuta e

quello nazionale, a conferma, impongono di osservare nell'affidamento di qualsiasi tipo (e valore) di commessa pubblica.

11. – Una ipotesi derogatoria, non rispetto ai principi generali da applicarsi a tutti i tipi di affidamento ma rispetto alle disposizioni incastonate nella Parte II del Codice dei contratti pubblici (dedicata alla regolamentazione delle procedure per l'affidamento degli appalti c.d. sopra-soglia), è sicuramente contemplata nell'art. 125 del Codice che disciplina l'istituto dell'acquisizione in economia e, in particolare e per quel che qui è di interesse, della modalità di acquisizione in economia costituita dal "cottimo fiduciario".

Il quattordicesimo comma dell'art. 125 cristallizza il criterio di relazione normativa sopra descritto, con riferimento contenuta alle disposizioni della Parte II del Codice che, per effetto della portata derogatoria della disciplina generale, si trasformano da "disposizioni" da applicarsi puntualmente e senza nessun margine di scostamento in "principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto".

Di tale portata applicativa della previsione contenuta nell'art. 125 del Codice si è prontamente avvista la giurisprudenza amministrativa precisando, proprio con riferimento al cottimo fiduciario, che tale istituto non può ricondursi ad una semplice attività negoziale priva di rilevanza pubblicistica, giacché le regole procedurali, anche minime, che l'Amministrazione si dia per concludere il relativo contratto implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza,

logicità, coerenza della motivazione, ecc. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006 n. 4295).

Il menzionato approdo giurisprudenziale, dunque, appare perfettamente in linea con la disciplina dettata dal Codice dei contratti che, all'articolo 125, quattordicesimo comma, stabilisce che i procedimenti di acquisizione di prestazioni economia sono disciplinati nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal Codice stesso e dal regolamento di esecuzione.

In siffatto contesto, inoltre, trova specifica applicazione la previsione contenuta nell'ultimo periodo dell'undicesimo comma dello stesso articolo 125, in forza della quale l'affidamento mediante cottimo fiduciario di servizi e forniture di importo superiore a ventimila euro avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento (speculare a quella prevista nell'ultimo periodo dell'ottavo comma dell'art. 125, dedicata ai lavori da affidarsi importo non superiore ai quarantamila euro).

Conclusivamente ed in via di sintesi deve, dunque, affermarsi che il legislatore nazionale, mutuando le preoccupazioni espresse da quello comunitario nonché dalla Corte di giustizia CE, ha ritenuto di estendere il più possibile le regole fissate (nel Codice) per l'affidamento dei contratti pubblici di valore superiore alla soglia comunitaria..

Ciò è esegeticamente confermato dall'esame, con riferimento ai

servizi ed alle forniture (materia oggetto del presente giudizio), dell'art. 121, comma 1 e degli artt. 124 e 125 del Codice, dai quali viene a delinearsi un quadro di previsione normativa caratterizzata sicuramente dalla snellezza procedurale, senza che il legislatore abbia palesato in nessun tratto delle stesse norme l'intendimento di volere anche ridurre le garanzie riconducibili ai principi generali più volte invocati.

Il legislatore nazionale, in buona sostanza, dedicando due specifiche previsioni ai c.d. contratti sotto-soglia per l'affidamento di servizi e forniture, gli artt. 124 e 125 del Codice:

A) ha prescritto la possibilità di ridurre le imposizioni procedurali previste nella Parte II in tema di pubblicità di bandi e inviti (art. 124, commi da 1 a 5), con riguardo ai termini di presentazione di domande ed offerte (art. 124, comma 6) nonché ai requisiti di partecipazione (art. 124 comma 7), semplificando, infine, la procedura per la verifica dell'anomalia delle offerte proposte;

B) ha consentito ai soggetti aggiudicatori di affidare in modo ancor più semplificato il servizio o la fornitura a terzi – qualora gli stessi non possano realizzarli autonomamente mediante amministrazione diretta – attraverso la procedura di cottimo fiduciario, caratterizzata dalla presenza di un funzionario (art. 125, comma 2) quale supremo regista della fase di scelta del contraente (a differenza di quanto accade per la procedura di cui all'art. 124, che ricalca maggiormente quella prevista per i c.d. sopra-soglia), pur sempre riconducibile ad

una procedura negoziata (art. 125, comma 4).

Per effetto di tale ultima precisazione normativa, dunque, viene chiarito definitivamente che anche l'istituto del cottimo fiduciario si compendia in una procedura pubblica con riferimento alla quale, al pari di quella negoziata disciplinata dagli artt. 56 e 57 del Codice, il soggetto aggiudicatore deve rispettare rigorosamente, oltre alle regole stabilite nella lettera di invito, i più generali principi di trasparenza e par condicio insiti nel concetto di gara stesso affinché si realizzi quella "concorrenza reale" che è pretesa dall'ordinamento comunitario nello svolgimento delle procedure di affidamento di commesse pubbliche, anche sotto-soglia comunitaria (cfr., proprio su tale tema e da ultimo, Corte giust. CE, Sez. IV, 15 ottobre 2009 n. 138).

12. - Tanto precisato, non pare revocabile in dubbio che, nonostante il carattere semplificato della procedura di gara di cui si controverte, l'Amministrazione aggiudicatrice sia tenuta al rispetto delle regole procedurali che si dà con la lettera di invito nonché all'osservanza dei principi posti dal codice in tema di affidamento dei contratti, in primis per quanto concerne la parità di trattamento dei concorrenti. Tali principi – e questo costituisce l'aspetto centrale del richiamo al rispetto delle previsioni anche comunitarie sopra evocate – debbono confluire già nella disciplina di gara al momento della redazione del relativo atto, pena l'illegittimità di quest'ultimo e delle regole di gara alle quali il soggetto aggiudicatore intende auto vincolarsi.

La garanzia di salvaguardia e rispetto del canone di parità di trattamento tra i concorrenti rappresenta un obiettivo che deve informare e conformare la disciplina di gara, indipendentemente dal valore della commessa pubblica da affidarsi, non avendo l'ordinamento né comunitario né nazionale ritenuto di poter escludere il rispetto di tale principio basilare sulla scorta della minore incidenza economica per i concorrenti del contratto che deve essere aggiudicato (elemento peraltro da ritenersi di carattere soggettivo e intimamente collegato con le capacità economiche e di penetrazione nel mercato del singolo concorrente): la sintesi di siffatto “pensiero portante” è felicemente espressa nel tredicesimo considerando della direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (meglio nota come “seconda direttiva ricorsi” che pietrifica il suindicato principio nella perentoria affermazione secondo la quale “l’aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, (...) secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore”).

In altri termini, è sicuramente vero che rispetto alla procedura di cottimo fiduciario vanno evidenziate e valorizzate le esigenze di celerità e snellezza che caratterizzano l’istituto e che giustificano la procedura derogatoria rispetto alle altre regole in ragione del valore non elevato del servizio da affidarsi, ma tale presupposto non può comunque anestetizzare ovvero travolgere l’esigenza che i superiori

principi di trasparenza, parità di condizioni e di trattamento siano assicurati con riferimento a tutti i soggetti che aspirano all'aggiudicazione in quanto invitati a partecipare alla relativa procedura selettiva.

Da ciò discendono alcuni corollari da applicarsi, per quanto è qui di interesse, all'istituto del cottimo fiduciario:

a) non può dubitarsi che le regole della selezione debbano essere caratterizzate dalla predisposizioni di criteri di esame e valutazione delle domande e delle offerte presentate predeterminati e resi noti in coincidenza con l'invito a partecipare alla selezione, di modo che ogni concorrente sia in grado di confezionare l'offerta con adeguate possibilità di successo;

b) è parimenti indubbio che la violazione della regola posta dall'articolo 83 del codice dei contratti, che circoscrive al bando la fissazione degli eventuali sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi, escludendo che essi possano essere integrati dalla commissione giudicatrice (qualora la presenza di quest'organo sia stata prevista nell'atto con il quale è stata avviata la procedura di cottimo fiduciario, in particolare nei casi in cui, come per quello qui in esame, il criterio di aggiudicazione sia quello del "prezzo più basso") o dal funzionario responsabile del procedimento, quando a costui sia stato attribuito il compito di svolgere la procedura (o, addirittura, di affidare "direttamente" l'appalto, come avviene, con riferimento all'affidamento di servizi di valore inferiore ai ventimila euro, a

norma dell'art. 125, comma 1, del Codice);

c) ciò comporta che ciascun soggetto invitato a partecipare alla procedura di cottimo fiduciario deve conoscere le regole di valutazione delle offerte, specialmente con riguardo all'elemento prezzo, prima dell'operazione di predisposizione, redazione e confezionamento della propria offerta;

d) ciò impone, altresì, che non possa essere pretermessa l'esigenza di rispettare il principio della segretezza delle offerte.

13. - Su tale ultimo punto, il cui approfondimento è centrale per l'esame del secondo motivo di ricorso dedotto dall'ISTITUTO, che per ragioni di logica espositiva conviene esaminare primariamente, è bene chiarire che, ad avviso del Collegio, la pretesa inapplicabilità alle ipotesi di cottimo fiduciario del principio di segretezza delle offerte, per come sostenuto dalle parti controdeducenti, non trova alcun appiglio normativo nel Codice dei contratti pubblici. Si ribadisce in contrario che detto principio è volto ad attuare i criteri di par condicio competitorum e di imparzialità (cfr. su tale specifico argomento, anche in via generale, Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2009 n. 3575), ciò in quanto esso mira, in sostanza, ad evitare il rischio che la valutazione dell'offerta presentata dal singolo concorrente sia influenzata dalla conoscenza dei contenuti delle offerte presentate dagli altri partecipanti o, addirittura, dalla conoscenza della ulteriore documentazione amministrativa affluita in sede di partecipazione.

Il problema della segretezza del contenuto delle domande e delle

offerte non si pone solo nel caso in cui l'aggiudicazione – in sede di cottimo fiduciario - avvenga con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche quando il criterio si quello del prezzo più basso.

Il principio della necessità della seduta pubblica ha natura generale e non è derogabile – se non dalla legge ovvero dalla disciplina di gara quando siano esplicitate le legittime ragioni che depongono per l'esclusione di una così importante fase procedurale – a cura del soggetto aggiudicatore, neppure nel caso di affidamento di un cottimo fiduciario.

Militano a confermare la bontà di tale ragionamento giuridico alcuni elementi normativi:

- a) non si riscontra alcuna indicazione in tal senso – tendente ad escludere tale fase - nell'art. 125 del Codice;
- b) ciò determina l'applicazione dei “principi” previsti per gli affidamenti di appalti c.d. sopra-soglia anche con riferimento agli affidamenti in cottimo fiduciario, per effetto degli artt. 121 e 125 del Codice;
- c) come si è già riferito, l'art. 121 del Codice ha in taluni casi espressamente ritenuto non applicabili le regole generali (si pensi alle ipotesi richiamate dall'art. 19 e seguenti del Codice ovvero all'art. 30 del Codice in materia di concessioni di servizi), tuttavia anche in questi casi ha affermato che devono trovare applicazione (tra gli altri) i principi di imparzialità e trasparenza (cfr. l'art. 27 del Codice).

Orbene, proprio su tale ultimo aspetto, si è chiarito in giurisprudenza che in qualunque tipo di gara devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti quanto meno la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, che si tratti sia di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica, ovvero l'offerta economica, distinguendosi unicamente tra procedure di aggiudicazione automatica, in cui il principio della pubblicità è generalmente totale nel senso che si applica anche all'apertura dei plichi e procedure di aggiudicazione implicanti valutazioni tecnico-discrezionali per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici, in cui all'apertura dell'offerta tecnica può procedersi in seduta riservata. Siffatto principio deve considerarsi inderogabile e la sua violazione costituisce vizio procedurale inescusabile, che non può non comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura

dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta) (cfr., per tutte e su tutte le questioni sopra elencate, Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008 n. 901 e 11 maggio 2007 n. 2355).

14. – La procedura di cottimo fiduciario non fa eccezione alla regola della pubblicità delle fasi cruciali della operazione di scelta dell'affidatario pubblico suindicata – semmai la regola può non essere seguita solo per l'affidamento di commesse pubbliche di valore particolarmente modesto, come nel caso degli affidamenti c.d. “ultra sotto-soglia”, di cui ai commi 8 e 11 dell’art. 1125 del Codice – non solo perché non si riscontra alcuna previsione normativa in tal senso ma perché, più semplicemente, non sussistono ragioni di pubblico interesse tali da giustificare il rischio di mettere in pericolo la genuinità e la imparzialità della valutazione delle offerte presentate dai concorrenti alla procedura al solo fine di snellire le operazioni di affidamento, in ragione del modesto valore dell’appalto.

Del resto la decisione dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3 marzo 2008 n. 1 ha espressamente affermato che i principi generali del Trattato europeo valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali, (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l’interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti.

E appunto sul piano delle norme e dei principi comunitari va detto

che in base alla "comunicazione della Commissione europea del 12.4.2000, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29.04.2000, richiamata e sviluppata dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche Comunitarie n° 945 dell'1.3.2002", i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e self-executing dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura ad una procedura competitiva puntualmente regolata (cfr., in tal senso, la citata Ad. pl. n. 1 del 2008).

Segnatamente "il principio di trasparenza è strettamente legato a quello di non discriminazione, poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi

amministrative" (cfr., ancora, la citata Ad. pl. n. 1 del 2008, anche per i successivi "virgolettati").

A sua volta, "il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 *Bus Wallons*, punto 54)".

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate. Donde l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento agli affidamenti sottosoglia (si veda la circolare del Dipartimento per le Politiche comunitarie del 30 giugno 2002 ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, rese dalla Corte di giustizia CE) ed ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti e, infine,

alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica

La Corte di giustizia CE ha in particolare statuito che "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (cfr., in tal senso, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19).

Le esposte coordinate, ad avviso del Collegio, ed in conformità ai già ricordati dicta giurisprudenziali, depongono per una interpretazione legittimamente orientata "in senso comunitario" dell'art. 125 del Codice dei contratti pubblici nel senso che le espressioni normative ivi esposte, pur contenendo disposizioni derogatorie rispetto a quelle contenute nelle norme che il Codice stesso dedica alle procedure di affidamento di contratti c.d. sopra-soglia, non possono spingersi, nella loro latitudine applicativa, fino a travolgere la doverosità di comportamenti che sono resi obbligatori dai principi del Trattato e dalle connesse interpretazioni della Corte di giustizia CE e che ciascun soggetto aggiudicatore deve assicurare nella valutazione delle proposte pervenute dai concorrenti, al fine di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza ed eguaglianza

partecipativa nell'ambito della procedura di aggiudicazione.

15. – In ragione delle suesposte traiettorie ricostruttive dell'istituto del cottimo fiduciario, deve concludersi per la necessità che, quanto meno l'integrità dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta debba essere verificata in seduta pubblica.

Peraltro nel caso di specie l'atto di invito recava la precisa specificazione che “in caso di parità d'offerta tra due o più partecipanti, coloro che risulteranno quali migliori offerenti verranno invitati a rinegoziare i prezzi proposti e le prestazioni da effettuare”, delicata fase aggiuntiva della procedura – pur se eventuale – la cui corretta e imparziale realizzazione non potrebbe garantirsi se non con la presenza contestuale dei soggetti partecipanti.

La circostanza, non posta in dubbio dalla parte resistente né da quella controinteressata, che non si è tenuta alcuna seduta pubblica nel corso della procedura che ha portato all'aggiudicazione alla COSMOPOL rende illegittima la procedura per come essa è stata svolta, in ragione di tutto quanto sopra si è osservato.

16. – Verificata la fondatezza del secondo motivo di censura dedotto dall'ISTITUTO ricorrente, può ora esaminarsi la prima doglianza incentrata sulla mancanza di indicazione puntuale dei criteri necessari per confezionare l'offerta quanto al prezzo. In altri termini il ricorrente lamenta che le regole di gara tacessero in merito alla determinazione del prezzo posto a base di gara, limitandosi a richiamare, peraltro con un atto integrativo e successivo rispetto a

quello contenente le regole della procedura, il decreto prefettizio valido per la Provincia di Roma , cioè il decreto 10 maggio 2005 n. 3601/ AREA O.S.P., che stabilisce una tariffa oraria per la vigilanza fissa (pari a euro 24,70).

Con riferimento alle tariffe per la vigilanza indicate in decreti prefettizi il Consiglio di Stato ha già avuto modo di esprimere un orientamento, dal quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, volto in particolare ad affermare che nell'ordinamento giuridico italiano non v'è norma concernente la fissazione da parte dei Prefetti, in via preventiva e con caratteri di generalità, di tariffe minime ed inderogabili per i servizi di vigilanza (non essendo tali le disposizioni contenute negli artt. 9 e 134 del regio decreto 18 giugno 1931 n. 773 e 257 del regio decreto 6 maggio 1940 n. 635) e che le circolari ministeriali con cui sono state introdotte le c.d. "tariffe di legalità" chiariscono come l'atto di approvazione delle medesime, mentre impedisce agli istituti di vigilanza di praticare prezzi più alti di quelli così stabiliti, non osta a richiedere prezzi inferiori a quelli minimi. Conseguentemente, è stata esclusa qualsiasi valenza autorizzativo-prescrittiva dello stesso atto di approvazione.

Di qui, per un verso, è stato parimenti escluso che la violazione del decreto prefettizio recante le c.d. tariffe minime comporti un effetto automatico di decadenza dal titolo o spieghi effetti sulla valida prestazione dei relativi servizi e, sotto altro profilo, è stato ritenuto che tali tariffe costituiscono esclusivamente canoni di congruità dei

prezzi praticati dagli istituti, ai diversi fini del controllo sulla serietà e affidabilità dell'impresa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8867).

Peraltro, a quest'ultimo riguardo è stato precisato che l'inosservanza delle tariffe minime individuali neppure implica automaticamente una fattispecie di anomalia dell'offerta, non soltanto perché sussiste l'obbligo della stazione appaltante di avviare il procedimento di verifica esclusivamente per le offerte rientranti nella rispettiva soglia da calcolarsi nei modi di legge, ma soprattutto perché, altrimenti, verrebbe surrettiziamente reintrodotta sotto altra veste il disatteso valore prescrittivo ed inderogabile delle tariffe in parola (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2007 n. 4644).

Ancor più specificatamente si è avvertito che, stante il mancato possesso della natura autorizzativa-prescrittiva, ma solo di parametro di congruità, la tariffa di legalità non può dunque dispiegare alcuna incidenza diretta sulla gara. La società di vigilanza potrà, conseguentemente, partecipare alle gare proponendo la sua migliore offerta in base alle proprie valutazioni imprenditoriali e le Amministrazioni procedenti dovranno aggiudicare il servizio in base a considerazioni di stretta convenienza per gli interessi della P.A., ferma, tuttavia, la possibilità che gli istituti di vigilanza prescelti, laddove non rientrino nel range di astratta congruità individuato dalla Prefettura, siano sottoposti a particolari controlli da parte di quest'ultima e anche a limitazioni nella loro possibilità di operare,

permanendo, comunque, ai fini della stessa conduzione dell'istituto di vigilanza privata, il regime di approvazione delle tariffe e delle relative variazioni di cui all'art. 257, r.d. n. 635 del 1940 (cfr., in termini, TAR Lazio, Sez. III, 15 ottobre 2009 n. 9958).

In ragione di quanto sopra, dunque, le prescrizioni indicate dal CONSORZIO nell'atto contenente le regole della procedura non potevano consentire agli aspiranti di venire in possesso delle coordinate utili al fine di formulare una adeguata proposta partecipativa con riferimento al prezzo da indicare nell'offerta, tenuto conto dell'assenza di qualsivoglia riferimento al "come" il CONSORZIO avrebbe valutato gli scostamenti dalla tariffa prefettizia proposti dalle ditte partecipanti.

Conseguentemente, anche il primo motivo di censura deve essere accolto.

17. – Anche il terzo motivo di censura si presenta fondato.

Il CONSORZIO ha richiesto alle partecipanti la dimostrazione del possesso della iscrizione alla Camera di commercio con riferimento all'attività di vigilanza, piuttosto che dimostrare anche, e soprattutto, se fossero in possesso del relativo titolo abilitativo rilasciato dalla prefettura.

La censura, riferita alla legge di gara predisposta dal CONSORZIO, è condivisibile sulla scorta delle considerazioni che seguono.

Come è noto le licenze prefettizie, secondo quanto disposto dal T.U.L.P.S. n. 773 del 1931 e dal R.D. n. 635 del 1940 (entrambi

succitati), hanno validità di un anno, rinnovabili automaticamente, di anno in anno, previa presentazione unilaterale di domanda di prosecuzione di attività per l'anno successivo. E' indubitabile come detto titolo non sia caratterizzato da elementi imm modificabili nel tempo, essendo connotato da profili di dinamicità e potendo lo stesso variare o addirittura venir meno in ragione del decorso del tempo, per scadenza dello stesso titolo o per non essersi conclusa la procedura di rinnovo ovvero, ancora, potendo essere in corso di rilascio nuova autorizzazione.

Premesso quanto sopra occorre ora verificare se il possesso di tale titolo abilitativo sia o meno essenziale per la partecipazione ad una selezione per l'affidamento del servizio di vigilanza da parte di un soggetto pubblico (o ad esso equiparato, come nel caso del CONSORZIO resistente). Ritiene, in ogni caso, il Collegio che, qualora tale elemento debba considerarsi presupposto essenziale per la partecipazione ad una procedura selettiva di affidamento del servizio di vigilanza per la provincia in cui sono localizzati i siti da vigilare, ciò implicherebbe necessariamente che la detta autorizzazione debba essere in corso di validità già durante lo stesso svolgimento della gara, essendo principio ormai acquisito che qualsiasi documento richiesto ai fini della partecipazione alle gare pubbliche deve essere in corso di validità.

Ad avviso del Collegio deve ritenersi che, in ragione della delicatezza e peculiarità che indiscutibilmente caratterizzano il "tipo" di servizio

in questione, il suo espletamento presupponga inderogabilmente il possesso della licenza prescritta dall'art. 134 del TULPS, e che, in conseguenza di ciò, la gara avente ad oggetto l'attività di vigilanza, la cui esplicazione è già regolamentata da specifica normativa di settore, trovi una limitazione, quanto a selezione delle imprese interessate, nella ricorrenza del requisito di legge, la cui sussistenza ed attualità deve essere provata con certezza da chi intende partecipare alla procedura, non potendo considerarsi sufficiente sia al fine della partecipazione alla procedura che per lo svolgimento effettivo del servizio il mero possesso del requisito della iscrizione alla Camera di commercio "da cui si evinca che tra le attività che può svolgere il concorrente sia inclusa l'attività di vigilanza armata" (come indicato nella legge speciale di gara predisposta dal resistente CONSORZIO). Intuibili le ragioni di tale necessità: mentre l'iscrizione alla Camera di commercio assume una valenza statica e dunque non tiene conto delle sopravvenienze che abbiano, sotto ogni profilo, interessato l'istituto di vigilanza, la licenza annuale prefettizia costituisce uno strumento di costante monitoraggio circa la conferma della presenza in capo all'istituto di vigilanza dei requisiti necessari per essere meritevole del titolo abilitativo ad esercitare la delicatissima attività di vigilanza armata.

In tal modo, quindi, la previsione di un siffatto requisito soggettivo nella legge speciale di gara assume(rebbe) la precipua finalità di circoscrivere l'ambito soggettivo della gara alle sole imprese operanti

nel settore della vigilanza, dovendo il titolo autorizzatorio essere posseduto necessariamente da parte di tutti coloro che intendono esercitare la stessa attività di vigilanza, sia pure limitatamente all'ambito territoriale cui si riferisce la licenza, in coerenza con l'ambito o gli ambiti comunali indicati nella domanda di rilascio (cfr. T.A.R Lazio, Sez. I, 28 settembre 2005 n. 7581).

Ne consegue che va considerato illegittimo il regolamento di gara che, ai fini dell'appalto di un servizio di vigilanza consente la partecipazione alla gara di imprese di vigilanza iscritte solo alla Camera di commercio e non anche autorizzate dall'Autorità prefettizia (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 11 giugno 1997 n. 397).

18. – Residua lo scrutinio della censura introdotta con il ricorso recante motivi aggiunti e relativa alla mancata sottoposizione alla verifica di valutazione dell'anomalia dell'offerta avanzata dalla COSMOPOL, preferita dal CONSORZIO resistente all'esito della procedura selettiva.

Come si è riferito già all'inizio della motivazione della presente decisione, l'interesse che muove l'ISTITUTO ricorrente è di tipo strumentale, in quanto teso ad ottenere il travolgimento dell'impugnata procedura e la sua riedizione. Resta, quindi, sullo sfondo e non è in grado di emergere la posizione di interesse diretto all'aggiudicazione della selezione in capo all'ISTITUTO ricorrente, anche per il solo fatto di essersi quest'ultimo posizionato al terzo posto della graduatoria, subito dopo la controinteressata

SICURITALIA.

Di talché, in assenza di dimostrazione da parte del ricorrente ISTITUTO, nella presente sede giudiziale (quale “prova di resistenza”), della possibilità di raggiungere – per effetto dell'accoglimento del qui scrutinato ricorso - la posizione utile per essere individuato quale aggiudicatario della selezione al posto della controinteressata COSMOPOL e dopo aver dimostrato di potere superare anche la posizione della SICURITALIA, ogni censura rivolta alla posizione dell'aggiudicataria si manifesta inammissibile, per carenza di interesse alla proposizione della relativa domanda annullatoria.

19. – Verificata la fondatezza dei motivi di impugnazione e quindi del ricorso, con conseguente annullamento dell'atto di aggiudicazione in favore della COSMOPOL, il Collegio deve ora preoccuparsi di esaminare la domanda risarcitoria pure spiegata dall'ISTITUTO ricorrente, sia in forma specifica che per equivalente. Si rammenta che la COSMOPOL ha sostenuto come fosse inammissibile il profilo della domanda risarcitoria volta ad ottenere un ristoro per equivalente in favore del ricorrente ISTITUTO, per non avere quest'ultimo richiesto e dimostrato che la gara dovesse essere a lui aggiudicata.

Il Collegio ritiene che la domanda risarcitoria, sotto entrambi i profili prospettati, tenuto conto dell'interesse strumentale che muove l'ISTITUTO ricorrente a chiedere l'annullamento degli atti (di gara)

impugnati, debba essere dichiarata inammissibile.

Infatti:

- per quanto attiene alla domanda di risarcimento in forma specifica formulata dal ricorrente, deve ritenersi che, anche a volere considerare ammissibile tale azione in presenza di un interesse legittimo pretensivo, la stessa non può essere formulata quando la Pubblica amministrazione (nella specie, il CONSORZIO) sia titolare di un potere discrezionale che residua a seguito dell'annullamento degli atti riscontrati illegittimi. La condanna del soggetto procedente ad aggiudicare direttamente l'appalto presuppone la mancanza di qualunque spazio di valutazione in capo alla stazione appaltante. Nel caso di specie, come risulta anche da quanto si è fin qui esposto, il CONSORZIO, fermo restando il vincolo derivante dal divieto di ripetizione degli atti dichiarati invalidi dalla pronuncia di accoglimento del ricorso, rimane titolare di un potere discrezionale che rende inammissibile l'imposizione di una "azione di adempimento";

- analoghe considerazioni conducono a ritenere inammissibile la richiesta di condanna del resistente CONSORZIO. al risarcimento del danno per equivalente. Tale condanna presupporrebbe l'effettuazione di un giudizio prognostico che non può essere svolto in presenza di attività valutativa di natura discrezionale riservata all'Amministrazione. L'azione risarcitoria è proponibile soltanto all'esito del rifacimento della procedura riscontrata illegittima e

sempre che il ricorrente risulti avere "diritto" al bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione (e sotto tale profilo non appare peregrina l'eccezione sollevata dalla COSMOPOL).

Viene meno in tal modo il rilievo del ricorrente in ordine alla reintegrazione in forma specifica ed al risarcimento del danno per equivalente, dovendo l'Amministrazione indire una nuova gara e non palesandosi, allo stato, elementi che inducono a ritenere che tale facoltà non verrà esercitata dal CONSORZIO ricorrente. Si tratta, quindi, di rinviare l'esame della domanda risarcitoria che, eventualmente, potrà essere riproposta con riferimento ad epoca successiva rispetto alla (ed a seguito della) conclusione della procedura di gara che il CONSORZIO dovrà riaprire per effetto dell'annullamento degli atti impugnati.

Da quanto sopra, dunque, deriva l'inammissibilità della domanda risarcitoria proposta, sia in forma specifica che per equivalente, non sussistendo allo stato (ed anche al momento dell'incardinarsi del presente giudizio) l'interesse diretto ed attuale dell'ISTITUTO ricorrente ad avanzare nessuna delle due domande, seppure sotto prospettive differenziate per ciascuno dei due mezzi di tutela.

Peraltro, tenuto conto dell'effetto satisfattivo della presente pronuncia e non risultando in atti l'intervenuta stipulazione del contratto e l'esecuzione totale o parziale della prestazione (anche in virtù, verosimilmente, delle decisioni assunte dal Tribunale in sede cautelare), la possibilità di vedere riedita la procedura rappresenta il

“bene della vita” che naturalmente costituisce l’obiettivo che intende raggiungere il concorrente non vincitore di una gara agitando, in sede giudiziale, l’interesse strumentale al travolgimento degli esiti della procedura svolta.

20. - In ragione di quanto sopra, trovando fondamento le censure siccome dedotte dall’ISTITUTO ricorrente, deve darsi accoglimento al ricorso proposto con annullamento degli atti di gara impugnati, dichiarando nel contempo l’inammissibilità della domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano con le modalità e nella misura indicate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l’effetto annulla l’atto impugnato.

Dichiara inammissibile allo stato la domanda risarcitoria.

Condanna il Consorzio Gaia-Gestione associata interventi ambientali S.p.a, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese di giudizio in favore dell’Istituto Vigilanza Urbe S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 2.000,00 (euro duemila) oltre accessori come per legge. Spese compensate con le altre parti in giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio
2010 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/07/2010

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

IL SEGRETARIO