

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

REG.DEC. 36/08
N. 3946-3957 REG. RIC.
ANNO 2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn.3946/2007 e 3957/2007, proposti da:

I – (ric. n. 3946/2007)

ROMEO GESTIONI s.p.a., in persona dell' Amministratore delegato in carica, Dr. Enrico Trombetta, in proprio e in qualità di mandataria dell' A.T.I. con CONSORZIO STRADE SICURE e VIANINI LAVORI s.p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Raffaele Ferola, Riccardo Barberis e Stefano Vinti, con domicilio eletto in Roma, Via Po n. 22, presso lo studio del primo;

II - (ric. n. 3957/2007)

COMUNE di ROMA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Antonio Graziosi ed Enrico Lorusso, dell' Avvocatura comunale, con domicilio eletto presso la sede della medesima Avvocatura, in Roma, via del Tempio di Giove n. 21; entrambi i suddetti ricorsi in appello

contro

MANITAL s.c.p.a. (già Manital s.c.r.l.), in persona del legale rappresentante in carica, Dr. Antonio Praticizzio, in proprio e quale mandataria, nonché unitamente alle mandanti della ATI con CONSORZIO TRA COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO cons. coop, STRADAIOLI s.r.l., Consorzio MAXIMUS, TUBOSIDER s.p.a., COFATHEC SERVIZI s.p.a., EDIL. MAS s.r.l., E.T. Costruzioni s.r.l. e impresa Giuliano ARGENTIERI, ciascuna in persona del legale rappresentante in carica, tutte rappresentate e difese dagli Avv.ti Giovanni e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma in Roma, Corso del Rinascimento n. 11, -appellata-

e nei confronti di

MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT s.p.a. in qualità di capogruppo mandataria della costituenda Società consortile con le imprese CARHELLA s.p.a.; COOPERATIVA MURATORI e CEMENTISTI c.m.c. di Ravenna; IAB s.p.a.; SCARL - INGEP s.p.a.; SCARL MAMBRINI COSTRUZIONI s.r.l.;Ingg. PROVERA E CARRASSI s.p.a., TOR DI VALLE COSTRUZIONI s.p.a., S.I.C.R.A. Società impresa costruzioni ristrutturazioni appalti s.r.l., PRESA di Roberto Paolucci & C. ARCHPLAN s.r.l., ARCOS 2000 s.r.l., COSTRUZIONI INTERNAZIONALI s.r.l., EDILERICA SOCIETA' APPALTI E COSTRUZIONI s.r.l., EUROPEA COSTRUZIONI s.r.l., F.LLI GIANNI S.R.L., MAROTTA s.r.l., NUOVA TRE ESSE s.r.l., ditta PENNACCHI FERUCCIO, ditta PETRUCCI DOMENICO, ditta PETRUCCI EMANUELE, NEWTECH di PALZENBERGER JOHANN & C. s.n.c., ciascuna in persona dei rispettivi rappresentanti in carica tutte rappresentate e difese dagli Avv.ti Prof. Franco Mastragostino e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via G. Percalli, 13;

- appellata ed appellante con appello incidentale autonomo -;
nonché, rispettivamente, ciascuno dei ricorrenti principali,

nei confronti

del Comune di Roma e di Romeo Gestioni s.p.a. in proprio e nella qualità, come sopra rappresentati difesi e domiciliati

con l'intervento ad opponendum (sul ric. reg. gen. n. 3946/2007):

del CONSORZIO DI COOPERATIVE DI PRODUZIONE LAVORO – CONSCOOP – in persona del Presidente in carica Dr. Mauro Pasolini, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Prof. Filippo Satta, Benedetto Giovanni Carbone, Renato Docimo e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto in Roma

Via Pierluigi Da Palestrina 47 presso lo studio legale Satta & Associati;

e con l'intervento ad opponendum (sul ric. reg. gen. n. 3946/2007):

di VIANINI LAVORI s.p.a., in proprio, rappresentata e difesa dall'Avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Roma, Viale Parioli n.180;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione Seconda, n. 4315 dell'11 maggio 2007, con la quale è stato accolto il ricorso di Manital s.c.p.a. e associati, avverso l'aggiudicazione alla A.T.I. Romeo Gestioni, della gara relativa all'affidamento della concessione di pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale relativo alla Grande Viabilità;

Visti i ricorsi principali con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di:

COMUNE DI ROMA (sul ricorso n. 3946/2007); ROMEO GESTIONI in proprio e nella

qualità (sul ricorso n. 3957/2007); MANITAL S.C.P.A. in proprio e nella qualità;

MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT S.p.a. in proprio e nella qualità;

CONSORZIO DI COOPERATIVE DI PRODUZIONE LAVORO - CONSCOOP (sul ricorso 3946/2007); VIANINI LAVORI (sul ricorso 3946/2007)

Visti gli appelli incidentali di MANITAL in proprio e nella qualità e di MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT in proprio e nella qualità – come meglio sopra specificato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 20 novembre 2007, il Consigliere Chiarenza

Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, gli avvocati Piselli, Sanino, Ferola, Lattanzi, Satta,

Graziosi, Pellegrino, Vinti, Barberis, Lorusso, Carbone, Docimo, Mastragostino;

Pubblicato il dispositivo n. 521/2007 del 21 novembre 2007;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

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

Hanno partecipato alla gara, tra l'altro, le imprese MANITAL s.c.p.a., corrente in Ivrea (TO), MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT s.p.a. e ROMEO GESTIONI s.p.a., tutte e tre in proprio e nella qualità di mandatarie, capogruppo delle ATI costituite o da costituire, come meglio specificato in epigrafe.

Conclusa la fase di valutazione delle offerte, il 19 ottobre 2006 il seggio di gara ha formato la graduatoria provvisoria, nel cui ambito si sono collocate, al primo ed al secondo posto, rispettivamente, la ATI di cui è capogruppo mandataria la ROMEO

GESTIONI s.p.a. (punti 95,738) e la ATI di cui è capogruppo la MANUTENCOOP s.p.a. (punti 81,472), mentre al terzo posto si è collocata la ATI MANITAL (punti 75,79507).

Nella stessa data, il seggio di gara ha inviato le offerte delle ATI graduatesi ai primi due posti, per la valutazione dell'eventuale anomalia, all'apposita commissione, la quale ha esaminato solo quella dell'ATI Romeo Gestioni s.p.a., giudicandola congrua.

Con determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, il Comune di Roma ha, infine, aggiudicato alla ATI Romeo Gestioni s.p.a. la concessione del pubblico servizio *de quo*.

La terza graduata – che si è, in un primo tempo rivolta all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la quale, con determinazione n. 24 del 6 febbraio 2007, ha espresso parere non vincolante negativo sull'aggiudicazione a favore dell'ATI Romeo Gestioni s.p.a., ritenendone illegittima l'ammissione a gara, per violazione dell'art. 17, comma 9, della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (mentre è stata invece archiviata analoga questione sollevata davanti alla Commissione europea) - ha proposto impugnazione davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, per l'annullamento:

a) della determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, con cui il Comune di Roma ha aggiudicato alla controinteressata ATI Romeo Gestioni s.p.a. la concessione del pubblico servizio in questione;

b) di tutti gli atti presupposti e, in particolare, l'ammissione a detta gara delle due prime classificate, la valutazione delle loro offerte e la graduatoria provvisoria, di cui al verbale del seggio di gara in data 19 ottobre 2006, nella parte in cui colloca l'ATI Romeo Gestioni s.p.a. al primo posto e l'ATI Manutencoop al secondo;

c) - nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale e, in particolare, degli eventuali provvedimenti d'affidamento dell'appalto e della stipulazione del relativo contratto.

La ATI MANITAL, nel ricorso introduttivo, e, successivamente, con motivi aggiunti (a seguito di ulteriore accesso agli atti di gara), deduceva un articolato gruppo di censure avverso l'ammissione alla procedura di ciascuna delle due ATI collocatesi rispettivamente ai primi due posti, fra l'altro lamentando vizi ed omissioni nella valutazione dell'anomalia.

Il Comune di Roma e le controinteressate si sono costituite in giudizio, resistendo all'impugnazione, quanto alle parti private proponendo anche ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale e mettendo, dunque, in discussione, l'interesse della medesima all'impugnazione.

1.2. Con sentenza n. 4315/2007 dell'11 maggio 2007 (la cui pubblicazione è stata preceduta dal dispositivo n. 135/2007 del 23 aprile 2007) la Sezione II del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha accolto il ricorso principale ed ha, conseguentemente, annullato gli atti impugnati, con salvezza degli ulteriori atti dell'Amministrazione, compensando fra le parti costituite le spese del giudizio.

Il giudice di primo grado, muovendo da una minuziosa ricostruzione del percorso attraverso cui il Comune di Roma è pervenuto alla indizione della gara, è giunto a conclusioni che possono essere sinteticamente riassunte come segue:

1° - malgrado la qualificazione data all'oggetto della gara dalla stazione appaltante (concessione di pubblico servizio ex art. 113 del Dlg 267/2000), si verte in un ambito in cui, per la prevalenza dei lavori, troverebbero applicazione le norme sulle

procedure di appalto di lavori pubblici;

2° - non sarebbe fondata alcuna delle censure dedotte – con ricorsi incidentali - dalla aggiudicataria e dalla seconda classificata avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale;

3° - sarebbero al contrario fondate la gran parte delle censure volte a contestare l'ammissione alla gara delle due condorrenti collocate ai primi due posti in graduatoria.

2. Avverso l'anzidetta sentenza (con immediata impugnazione del dispositivo e successivamente alla pubblicazione della sentenza, con rituale proposizione di motivi aggiunti) hanno proposto appelli principali (separatamente rubricati) il Comune di Roma e la Romeo Gestioni, in proprio e nella qualità; ha proposto appello incidentale autonomo (inserito nel fascicolo relativo al ricorso n. 3948/2007) la Manutencoop s.p.a.

Sono intervenuti (con atti depositati sul ricorso in appello n. 3946/2007):

a) ad adiuvandum, la VIANINI LAVORI s.p.a., mandante della ATI costituita con la Romeo Gestioni;

b) ad opponendum, il CONSCOOP – Consorzio di Cooperative di Produzione e Lavoro, a sua volta mandante del raggruppamento Lanital.

Si è costituita, resistendo agli appelli (principali ed incidentale) la MANITAL, in proprio e nella qualità, unitamente alle mandanti.

3. La Sezione, con ordinanza 3215/07 del 26 giugno 2007, ha accolto le istanze cautelari proposte dagli appellanti.

Successivamente, le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi con cui hanno ribadito le rispettive posizioni, in particolare, la Manutencoop con il richiedere che la sentenza appellata sia confermata nella parte in cui annulla l'ammissione alla gara della ATI aggiudicataria e l'aggiudicazione alla stessa della concessione.

Gli appelli sono stati, infine, chiamati alla pubblica udienza del 20 novembre 2007 e trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Gli appelli devono essere riuniti, per essere decisi contestualmente, riguardando la medesima sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Possono essere ammessi i contrapposti interventi (ad adiuvandum ed ad opponendum), in quanto proposti da soggetti destinati, nelle rispettive posizioni, a risentire degli effetti della decisione.

2.1. La questione all'esame della Sezione investe la procedura aperta per l'affidamento della concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale del Comune di Roma, relativo alla c.d. Grande Viabilità.

Trattasi di procedura indetta dal Comune di Roma, a norma dell'art. 113, comma 5, del vigente testo unico degli enti locali, in attuazione del disegno politico – da molti anni allo studio - di dare corso ad una serie di interventi concernenti circolazione e traffico nelle strade di grande viabilità della rete viaria del Comune di Roma (estesa per circa 5.500 Km, di cui 800 circa di G.V.), non soltanto di carattere manutentivo, ma, coordinati ed

organizzati, comprendenti l'attività di gestione complessiva del patrimonio stradale e innovativi, negli strumenti e nelle finalità, anche mediante trasferimento di potestà pubbliche.

Superate l'ipotesi dell'appalto attraverso cui si è provveduto tradizionalmente alle problematiche meramente lavoristiche relative al patrimonio stradale e quella del global service (di più recente utilizzazione e comprendente una pluralità di attività qualificabili come servizio e lavori) in quanto ritenute inadeguate a garantire il soddisfacimento, in modo continuativo, delle esigenze della collettività locale, con particolare riferimento ai servizi di sorveglianza e pronto intervento sulle strade, **il Comune ha ritenuto che** - al fine di assicurare la promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale, con specifico riferimento alle esigenze relative alla grande viabilità, ed al relativo traffico sulla corrispondente rete stradale - **lo strumento maggiormente idoneo fosse rappresentato dalla diretta e totale responsabilizzazione dell'operatore privato "terzo" chiamato a rendere, nei confronti dell'utenza, i servizi afferenti il bene "strada" conseguibile mediante la concessione del pubblico servizio locale.**

Si è quindi proceduto alla qualificazione, come pubblico servizio locale, del complesso delle attività che soddisfano le esigenze di circolazione nel territorio, al fine di garantirne l'assolvimento in maniera coordinata e continuativa (deliberazione della Giunta n. 1022/2004; deliberazione consiliare n. 187/2005; deliberazione di Giunta n. 683/2005), e, infine, alla approvazione del disciplinare e del bando, con la successiva indizione della gara.

2.2. La controversia pone in discussione, in questo grado del giudizio, con l'ammissione alla gara di tutte e tre i raggruppamenti contendenti, quello della riconducibilità (o meno) della fattispecie alla figura della concessione di pubblico servizio (come testualmente definita dalla stazione appaltante), per avere, il giudice di primo grado ascritto l'oggetto al novero dei contratti disciplinati dalla legge n. 109/1994 (avendo ritenuto di riconoscere le connotazioni di un appalto-concessione misto, con prevalenza dei lavori, contestata dagli appellanti principali).

Su tale aspetto si incentra il primo motivo dell'appello del raggruppamento aggiudicatario, che denuncia, con l'errore della qualificazione, anche il vizio di ultrapetizione.

Il Comune di Roma affronta anch'esso il problema, nell'ambito del primo dei motivi aggiunti, volto a censurare la sentenza impugnata soprattutto nella parte in cui afferma l'incompatibilità della prima classificata, desunta, dalla ritenuta violazione dell'art. 17 comma 9, della legge n. 109 del 1994 che il giudice di primo grado ha ritenuto applicabile al caso, *ratione materiae*).

L'appellante incidentale, difesa la propria posizione, condivide, al contrario, per tale parte, la sentenza di primo grado e ne chiede la conferma.

3.1. La Sezione - pur non disconoscendo l'esigenza della individuazione del quadro normativo di riferimento, cui appare preordinata, nella sentenza impugnata, la qualificazione dell'oggetto dell'affidamento - ritiene di non potersi sottrarre alle regole che, nel processo amministrativo, prefigurano un ordine di priorità, volto, innanzitutto ad accertare se sussista o meno l'interesse del concorrente pretermesso ad impugnare gli atti relativi ad una pubblica gara dalla quale doveva essere escluso.

In argomento, vengono in primo piano due ragioni di esclusione della ATI che ha proposto il ricorso principale in primo grado, che sono state sollevate da entrambe le parti private in quel grado del giudizio, e che vengono riproposte in questa sede dalla aggiudicataria, con appello principale e dalla seconda classificata, con appello incidentale autonomo.

Si tratta della mancata allegazione, alla domanda di partecipazione alla gara della terza classificata, delle dichiarazioni relative alla inesistenza di procedimenti penali in corso e sentenze di condanna - richieste a pena di esclusione dal paragrafo III.2.1.1), n. 3, lett. b) del bando e dal paragrafo 3, lett. b) del disciplinare di gara - per il Vice Presidente del Consorzio Maximus (mandante) e per l'istitutore della COS.BA s.r.l. (aderente al suddetto Consorzio).

3.2. La sentenza impugnata ha respinto le censure, aderendo alla tesi difensiva secondo cui, ancorché munito di ampi poteri rappresentativi in base allo statuto consortile, la funzione meramente vicaria spettante al Vice Presidente (ovvero, la possibilità di agire soltanto in caso di assenza o di impedimento del Presidente), rendendo meramente ipotetici e non attuali i poteri di rappresentanza, esonererebbe dall'obbligo di rendere la dichiarazione; analogamente nessuna dichiarazione andrebbe resa dall'istitutore che è mero procuratore della società.

3.3. La tesi non può essere condivisa.

Deve darsi atto che né il bando né il disciplinare di gara contengono una enumerazione di soggetti obbligati a rendere la dichiarazione: l'uno è l'altro la esigono genericamente da parte di chi è titolare della rappresentanza legale; l'obbligo è imposto a pena di decadenza.

La fonte statale di riferimento - allo stato, l'art. 38 comma 1, lett. b) del decreto legislativo n. 163 del 2006 che sostituisce, in tema di requisiti di ordine generale, l'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e l'art. 17 del D.P.R. n. 34 del 2000, conglobando, nella disciplina unitaria, le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi - testualmente adopera anch'essa una formula di amplissima portata.

La Sezione ritiene che le due formule, piuttosto che limitare l'ambito di applicazione delle relative norme, intendano assumere come destinatari tutti i soggetti-persone fisiche che, essendo titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica, sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato (salvo che quest'ultimo non abbia a sua volta manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante).

3.4. Deve ritenersi, quindi, che il primo criterio da seguire per l'individuazione dei soggetti obbligati, con riferimento alle persone giuridiche (e dunque alle società di capitale ed ai consorzi dotati di personalità), è costituito dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare.

La Sezione, pronunciandosi su differente fattispecie, ha espresso l'orientamento (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2005 n. 4856), secondo cui il criterio interpretativo da seguire (al fine di individuare la persona fisica, rispetto alla quale, nell'ambito del rapporto

societario, assume rilievo la causa di esclusione, e, dunque, il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva, richiesta, a pena di decadenza, dal bando di gara) consiste nel ricercare, nello statuto della persona giuridica, quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza.

Secondo tale orientamento, da cui non vi è ragione di discostarsi, non assume, invece, rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria; conta, infatti, in concreto, la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, per di più nel caso in cui, come nella specie, lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore, e, sostanzialmente senza controllo sulla effettività dell'impedimento e della assenza.

Ciò è quanto previsto nello statuto del Consorzio Maximus, che, non soltanto stabilisce che, in caso di assenza o impedimento del Presidente, le sue funzioni sono esercitate dal Vice Presidente, ma attribuisce a quest'ultimo amplissimi poteri sostitutivi, disponendo che la firma del Vice Presidente "fa fede nei confronti di chiunque dell'assenza o dell'impedimento del Presidente".

Non può dubitarsi che, nel caso in esame, è assai labile il confine fra titolarità ed esercizio effettivo del potere di rappresentanza.

Cosicché non si può sfuggire all'obbligo imposto dalla norma di rendere, con riguardo al Vice Presidente, la dichiarazione, in forza della vicarietà della funzione, in quanto ciò implicherebbe il superamento della volontà normativa (della fonte statale) e negoziale (della legge speciale che regola la procedura), espresse nella formula letterale che punta alla titolarità e non anche al suo esercizio.

L'esattezza dell'interpretazione trova conferma nella riflessione che, stante l'immediatezza della titolarità del potere conferito al Vice Presidente con la funzione, il suo esercizio (condizionato alla mera assenza o impedimento) può aversi in qualsiasi momento della vita sociale, solo che si verifichi il presupposto, di cui, peraltro, fa fede piena "nei confronti di chiunque" la firma del Vice Presidente e può esservi stato, pertanto, in momenti che l'ordinamento considera particolarmente significativi (il triennio anteriore alla pubblicazione del bando) ai fini del possesso dei requisiti generali di partecipazione della rappresentata.

Cosicché è contrario ad una corretta e ragionevole esegesi il ritenere che la dichiarazione non dovesse essere resa per il soggetto in questione.

3.5. Nello stesso senso sono le conclusioni riguardanti l'institore.

Si tratta di una figura la cui definizione si rinviene immediatamente nel codice civile, sistematicamente inserita nella sezione dedicata alle disposizioni particolari per le imprese commerciali (Libro quinto – capo III – Sez. III), nel primo articolo del paragrafo 1 (art. 2203) dedicato appunto alla "rappresentanza"; per indicazione normativa, institore è "colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale", in posizione differente dal mero procuratore (art. 2209) cui l'imprenditore conferisce il potere di compiere, per lui, gli atti inerenti all'esercizio di un'impresa pur non essendo preposta ad esso.

La preposizione institoria, peraltro, è, in ogni caso caratterizzata dalla ampiezza dei poteri

rappresentativi e di gestione, che fanno dell'instutore un alter ego dell'imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto (Cass. Civ., Sez. II. N. 2020 del 1993).

L'ampiezza è tale che "la rappresentanza si reputa generale", allorché particolari limitazioni non siano rese pubbliche nelle forme di legge.

La figura professionale compare nelle certificazioni della camera di commercio relative all'impresa: nel caso in esame, la conoscenza della preposizione institoria si ha appunto tramite il certificato che l'amministratore unico e legale rappresentante della COS.BA. ha allegato alla sua dichiarazione.

Ritiene la Sezione, sulla base dei rilievi che precedono, che l'instutore è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve anche essere annoverato fra i soggetti tenuti alla dichiarazione.

3.6. Ne consegue, in definitiva, che la costituenda ATI, capeggiata da MANITAL, nel non depositare le dichiarazioni relative ai soggetti di cui si è trattato, è incorsa in una omissione, la cui sanzione è l'esclusione dalla gara.

A ciò non è dato sopperire sulla base dell'art. 16 del D.Lgv. n. 157 del 1995.

Non si verte, infatti, in ipotesi di contravvenzione ad una clausola ambigua e di dubbio significato; al contrario, la regola concorsuale, che non enumera i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione, ma li individua sulla base della titolarità del potere di rappresentanza (senza alcuna limitazione ed eccezione) mette in giuoco la conoscenza delle definizioni giuridiche, fissate con carattere generale dallo stesso legislatore, che non ammette ignoranza.

Ciò rende evidente che non può farsi applicazione di una disposizione che, per pacifico e condiviso orientamento giurisprudenziale non è utilizzabile per supplire alla omessa produzione del documento richiesto a pena di esclusione dalla gara, se non in violazione della par condicio fra i concorrenti (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, n. 2191 del 22 aprile 2002 e n. 1068 del 6 marzo 2006).

3.4. In conclusione i ricorsi incidentali dovevano essere accolti, per i profili fin qui esaminati, con conseguenziale declaratoria di inammissibilità della impugnazione proposta dalla concorrente collocatasi al terzo posto, per mancanza di interesse all'impugnazione.

In questo senso deve essere riformata la sentenza appellata, in accoglimento degli appelli, i cui restanti motivi (concernenti lo specifico problema della ammissione alla gara della terza classificata) devono essere assorbiti, per economia processuale.

4.1. La posizione assunta dalla seconda classificata nel presente grado del giudizio (con la richiesta di conferma della sentenza nella parte in cui annulla aggiudicazione ed ammissione alla gara della aggiudicataria) non consente invece di ritenere esaurito l'interesse alla decisione degli appelli principali, in capo ai rispettivi proponenti.

4.2. In primo piano è il problema della qualificazione dell'oggetto di gara.

4.3. Di percezione immediata è il vizio di ultrapetizione nel quale è incorso il giudice di primo grado, con il procedere alla revisione della definizione dell'oggetto della procedura posta in essere dal Comune di Roma.

Sotto l'apparente ricerca del quadro normativo applicabile alla procedura, il giudice di primo grado ha esercitato un penetrante sindacato sulle scelte dell'amministrazione comunale, che investe, prima ancora che la qualificazione ex se, il modello gestionale prescelto, e l'obiettivo perseguito, senza che le decisioni presupposte ed i provvedimenti attuativi fossero stati fatti oggetto di impugnazione.

L'accenno fatto in sentenza al procedimento avviato, su denuncia, dalla Commissione EU, senza alcun approfondimento della relazione a firma del Sindaco, che ne ha determinato l'archiviazione, evidenzia la totale disattenzione al contenuto vincolante degli atti che, attraverso articolati passaggi, hanno segnato il processo formativo della decisione di qualificare il servizio pubblico locale di cui si tratta, con la decisione di affidarne la concessione al terzo mediante pubblica gara.

Invero, tutta la parte della sentenza che rinviene nella disciplina statale degli appalti di lavori pubblici il modello regolamentare della procedura, è viziata – all'origine – dall'errore nel quale è incorso il giudice di primo grado nel ritenere di poter prescindere dalle deliberazioni con le quali il Comune ha provveduto alla qualificazione del servizio, a norma dell'artt. 112 del testo unico n. 267 del 2000 ed ha deciso di conferirlo mediante gara a norma dell'art. 113, comma 5 del suddetto testo unico, optando per il modello gestionale della concessione.

Ritiene, al contrario, la Sezione, che la natura e la qualificazione dell'oggetto dell'affidamento e la disciplina della procedura, in assenza di impugnazione dei suddetti atti, non potessero che essere desunte direttamente dal bando e dal disciplinare, costituenti la legge speciale, anch'essa non impugnata e vincolante.

In tale contesto assumono rilievo (come sottolineato dalla difesa del Comune appellante):
1°) la descrizione/oggetto della concessione, testualmente (punto II.I.6), nel senso che “la concessione ha per oggetto la gestione del servizio pubblico relativo al patrimonio stradale rientrante nella cosiddetta Grande Viabilità” ovvero, “segnatamente”, le attività concernenti:

- a) Centrale di Governo, comprensiva dell'attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i settori;
- b) pronto intervento, sorveglianza stradale e manutenzione ordinaria;
- c) recupero e valorizzazione del patrimonio stradale oggetto di gara, manutenzione straordinaria;

2°) l'indicazione dei codici di nomenclatura (C.P.V.. 70330000 e CPC 82201-82202

(punti II.1.8.1 e II 1.8.2) relativi ai “servizi di amministrazione e gestione per conto terzi”

3°) la clausola di cui al punto III.1.3., che, in caso di raggruppamento, richiede che il ruolo di capogruppo mandataria sia ricoperto “dal soggetto che svolgerà l'attività di cui al punto II.1..6, lettera a) ovvero centrale di governo comprensiva delle attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i dati”, alla quale si correla (quanto alla capacità tecnica richiesta) la clausola di cui al punto III.2.1.3, che richiede al concorrente singolo o alla mandataria (nel caso di associazione temporanea) il possesso del fatturato specifico – nel triennio 2002-2003-2004 - “per i servizi di gestione integrata di patrimoni immobiliari per conto terzi non inferiore ad EURO 30.000.000,00 (Euro trentamiloni/00)

con l'elenco dei servizi, degli importi e dei committenti";
3°) il rinvio espresso al D.Lgs. 157/1995, per ciò che concerne i criteri di aggiudicazione.

E' in tale contesto che deve essere accertato se vi sia spazio per l'applicazione di disposizioni direttamente rinvenute nella disciplina statale degli appalti di lavori pubblici.

4.4. Orbene, è indubitabile che nell'ambito dell'affidamento siano comprese prestazioni riconducibili alla categoria dei lavori: vi rientra certamente la manutenzione straordinaria ed è discutibile se vi rientri o meno quella ordinaria.

Tuttavia, il criterio quantitativo, cui si rifà la sentenza impugnata – sulla base dell'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 109 del 1994 – è erroneamente assunto senza tenere conto del terzo periodo dello stesso comma (modificato dall'art. 24, comma 2, della legge 18 aprile 2005 n. 62 - legge comunitaria del 2004) in forza del quale, il precetto di cui al secondo periodo "non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto".

La norma indica dunque quale debba essere il percorso interpretativo e lo individua nella volontà negoziale dell'Amministrazione, quale enunciata negli appositi atti.

Sono gli strumenti di gara e gli atti presupposti la sede nella quale ricercare l'«oggetto principale», al fine di stabilire se sussista o meno una relazione di accessorialità dei lavori rispetto ai servizi, nelle procedure miste in cui l'affidamento comprenda gli uni e gli altri.

4.5. Nel caso in esame l'accessorialità dei lavori rispetto al servizio pubblico è reso evidente, nel bando come nel disciplinare, nella clausola che richiede al concorrente singolo ed alla impresa mandataria (in caso di raggruppamento) il requisito prioritario del fatturato specifico – nel triennio 2002-2003-2004 - "per i servizi di gestione integrata di patrimoni immobiliari per conto terzi non inferiore ad EURO 30.000.000,00 (Euro trentamiliardi/00) con l'elenco dei servizi, degli importi e dei committenti" e nell'altra che esige, in caso di raggruppamento, che il ruolo di capogruppo mandataria sia ricoperto "dal soggetto che svolgerà l'attività di cui al punto II.1.6, lettera a) ovvero centrale di governo comprensiva delle attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i dati".

La coerenza di tali indicazioni con gli obiettivi fissati negli atti presupposti non possono ingenerare alcun dubbio sulla prevalenza annessa ai servizi e sul carattere di accessorialità della manutenzione (ordinaria e straordinaria) rispetto ad essi.

4.5. A parte ciò, non sfuggono gli errori in cui incorre la sentenza impugnata nel ritenere la non riconducibilità di attività inerenti all'amministrazione e gestione di pubbliche strade (comprendenti manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse) nell'ambito dei servizi pubblici locali (in argomento, la Sezione si è già espressa in termini favorevoli con la decisione n. 7369 del 13 dicembre 2006).

Invero la finalità della realizzazione dei "fini sociali" e della promozione dello "sviluppo economico e civili delle comunità locali" cui si ispira la facoltà conferita all'Ente locale dall'art. 112 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, non incontra limiti nella preesistenza della "rete", strumentale alla prestazione del servizio.

L'art. 112 del testo unico coglie, infatti, l'essenza stessa dell'autonomia organizzativa,

amministrativa e finanziaria dell'ente locale ed in particolare del Comune, che - come la stessa sentenza impugnata riconosce - è Ente a fini generali, cui spetta di determinare da sé i propri scopi ed in particolare di decidere su quali beni della vita della collettività debba convergere la scelta politico-amministrativa di soddisfarne gli interessi in modo continuativo e coordinato.

La strumentalità del bene strada, rispetto all'interesse che il Comune intende realizzare mediante il servizio pubblico di amministrazione e gestione del patrimonio viario, ed il suo affidamento in concessione, è resa evidente dalla complessità ed organicità degli interventi la cui consistenza maggiore è appunto rappresentata dalle attività e dalle prestazioni strettamente riconducibili alla amministrazione e gestione, rispetto alle quali è cedevole l'aspetto statico della "strada" inteso come bene già esistente e fruibile dalla collettività.

Quanto, poi, al modello gestionale prescelto, la Sezione non può che condividere gli argomenti che il Comune, nella sua relazione, ha contrapposto alla Commissione europea, che, ponendo a base delle sue obiezioni la sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000 nella causa C-324/98, aveva osservato come le attività oggetto di affidamento fossero remunerate esclusivamente mediante il pagamento di un prezzo, non essendo prevista alcuna forma di remunerazione legata alla gestione del servizio.

La giurisprudenza formatasi sulla materia ha già avuto modo di chiarire che non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo (Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004 n. 8090).

Nel citato precedente si è anche avuto modo di precisare che il fatto che il Titolo V del testo unico n. 267 del 2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, allorché le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'Ente; mentre, sotto differente profilo, è stato anche precisato che l'elemento distintivo della concessione (ovvero l'assunzione del rischio di gestione) non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto ne beneficiano direttamente (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294, citata nella Relazione del Comune alla Commissione europea).

4.5. Con ciò deve ritenersi risolto ogni dubbio interpretativo, anche in ordine alla non immediata applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 17, comma 9 della L n. 109 del 1994 alla pretesa situazione di incompatibilità che si sarebbe venuta a creare nei riguardi della impresa aggiudicataria per il fatto che il dott. Bardelli, amministratore unico della SOLES s.p.a. (a sua volta consorziata del mandante Consorzio Strade Sicure), è stato, per un certo periodo, anteriore alla formazione degli atti di gara, Presidente del Consorzio e, contemporaneamente, componente del consiglio di amministrazione della Società Risorse per Roma (società partecipata dal Comune per il 75% ed affidataria di attività di supporto/consulenza per l'elaborazione degli atti di gara e, fra l'altro, chiamata, poi, a coadiuvare il Comune nella valutazione delle offerte, compresa, ai fini della anomalia, quella della prima classificata).

La sentenza di primo grado sembra annettere significato pregnante al parere non

vincolante espresso dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con delibera n. 24 del 6 febbraio 2007, in ordine alla non conformità all’art. 17, comma 9, della legge n. 109/1994 “dell’aggiudicazione dell’appalto in questione” alla A.T.I. Romeo Gestioni s.p.a./Pianini Lavori s.p.a./Consorzio Strade Sicure.

Di tale parere occorre mettere subito in chiaro le inesattezze che l’hanno condizionato: a parte, infatti, l’immotivata qualificazione del modello di affidamento (“appalto”, in luogo di “concessione” in contrasto con le stesse premesse descrittive contenute nel “considerato in fatto”), è erronea l’affermazione, in diritto, che il bando di gara conterrebbe un espresso rinvio alle norme sugli appalti di lavori pubblici di carattere generale, tale da potervi agganciare, per volontà della stessa amministrazione, l’applicazione analogica, al caso in esame, dell’art. 17, comma 9 della legge n. 109/1994.

Invero, il rinvio alla legge in questione, eccezionalmente richiamata con riferimento alla facoltà di cui all’art. 10 comma 1 ter (introdotto dalla legge 14 maggio 2005 n. 80) è del tutto eccezionale e, come si evince, sia dal contenuto della norma, sia sistematicamente, dal suo inserimento al punto II.2.2) del bando, con esclusivo riguardo alla opzione ivi contemplata senza assurgere affatto a regola generale del procedimento di scelta del contraente.

Chiarito tale aspetto, la Sezione, sulla base dei convincimenti in precedenza espressi, deve innanzitutto negare che il caso ricada nell’ambito di diretta applicabilità della norma di cui è denunciata la violazione, e, d’altra parte, rilevare che non è neppure aderente alla fattispecie astrattamente considerata, come del resto riconosciuto nella stessa sentenza impugnata.

Ne deriva una pluralità di conseguenze ostative alla utilizzazione della presunzione assoluta di incompatibilità, cui, al contrario, ha fatto ricorso il giudice di primo grado.

Come è stato correttamente ricordato dalla difesa della Romeo Gestioni si verte in un ambito nel quale la Corte di giustizia delle Comunità europee ha espresso un deciso monito, nel senso della illegittimità di una legge nazionale che precluda la partecipazione a una gara di imprese in qualunque modo riconducibili ad un soggetto che abbia svolto prestazioni di progettazione relativamente alle specifiche opere, attività, forniture e servizi oggetto di gara “senza prima concedere la possibilità di dimostrare che tale circostanza non falsa la concorrenza” (in questo senso, la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 3 marzo 2005 nelle cause riunite C-21/03 e C34/03).

L’indicazione vincolante che ne deriva, impone anche un rigoroso criterio applicativo del principio generale desumibile dalla disposizione contenuta nell’art. 17, comma 9, più volte citato, nel senso che non può ritenersi sussistente alcuna incompatibilità allorché manchino indizi seri, precisi e concordanti che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato abbia rivestito tanta parte nell’indirizzo della scelte dell’amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza.

Nel caso in esame, elementi tutti convergenti devono indurre a negare la sussistenza di siffatti elementi, seri, precisi e concordanti.

In primo luogo deve convenirsi che non è rinvenibile un’attività analogicamente assimilabile alla progettazione in senso tecnico, nella consulenza resa dalla Società

Risorse per Roma in favore del Comune, attraverso i propri uffici ed i professionisti che hanno sottoscritto i pareri, le relazioni di ricerca e quant'altro il Comune ha poi utilizzato come base istruttoria per la redazione del bando e degli ulteriori documenti di gara.

Non costituisce, infatti, progettazione in senso tecnico, l'individuazione del quadro dei fabbisogni, nel cui ambito è stata svolta la consulenza della società Risorse per Roma.

Peraltro il Dr. Bardelli, in qualità di mero componente del Consiglio di amministrazione della società anzidetta (designato dalla Provincia) è stato titolare di una posizione che non attribuiva competenze di sorta in ordine all'attività di consulenza degli uffici, di cui i singoli professionisti hanno assunto paternità e responsabilità. L'accesso, in concreto, ad informazioni riservate e non pubblicizzate dal Comune o la possibilità di indirizzarne le scelte (in modo da favorire la società cui poi è stato conferito il mandato della costituenda ATI) non è stato in alcun modo provato ed è anzi smentito dagli atti, per avere il Comune variamente pubblicizzato, in varie fasi, il proprio disegno operativo e per non avere avuto, il Dr. Bardelli, nella società di consulenza, in ragione della carica, una posizione che gli desse voce in capitolo sulla attività degli uffici e dei professionisti facenti capo alla Risorse per Roma.

Di contro, la cessazione da ogni incarico nel Consorzio Strade Sicure nel luglio del 2005 (e cioè ben prima che la società Risorse per Roma mettesse a punto l'attività di consulenza e che il Comune di Roma assumesse poi le proprie decisioni) e la partecipazione per una quota minima al Consorzio medesimo (inferiore al 7% del capitale sociale) sono fattori che escludono in radice una posizione dominante e di controllo.

Analogamente non è ipotizzabile, sulla base di mera presunzione, l'interferenza della formulazione dell'offerta da parte della mandataria, ad essa sola riservata, per espressa volontà delle mandanti.

Nel citato contesto, dunque, e in assenza di prove offerte, anche in questo grado del giudizio, in ordine alla asserita incompatibilità, le censure contenute al riguardo nel ricorso di primo grado devono essere ritenute infondate.

6. In conclusione, sulla base del complesso degli elementi che precedono, gli appelli principali devono essere accolti per quanto di ragione, deve essere accolto in parte l'appello incidentale della seconda classificata, e, conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, devono essere accolti, per quanto di ragione, il ricorso incidentale proposto in primo grado da Romeo gestioni S.p.a., in proprio e nella qualità, ed, in parte quello della II classificata e respinto in parte ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso principale di Manital S.C.P.A. in proprio e nella qualità.

La formula delle dispositivo pubblicato deve essere corretta, nel senso del depennamento delle parole "respinge gli altri appelli incidentali", trattandosi di mero errore redazionale.

Considerata la complessità della questione devono essere compensate interamente le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) riunisce gli appelli; ammette gli spiegati interventi; accoglie per quanto di ragione, gli appelli principali e in parte

quello incidentale autonomo della ATI capeggiata da MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT S.p.a.; per l'effetto, **in riforma della sentenza appellata, accoglie, per quanto di ragione il ricorso incidentale proposto in primo grado da Romeo gestioni S.p.a.**, in proprio e nella qualità, ed, in parte quello della II classificata, e respinge in parte ed in parte dichiara inammissibile il ricorso principale di Manital S.C.P.A. in proprio e nella qualità.

Compensa interamente fra le parti costituite le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, addì 20 novembre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Emidio FRASCIONE PRESIDENTE

Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI est. CONSIGLIERE

Claudio MARCHITIELLO CONSIGLIERE

Marzio BRANCA CONSIGLIERE

Aniello CERRETO CONSIGLIERE

ESTENSORE

F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani

IL PRESIDENTE

F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 15/01/2008

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

P. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi