



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 806 del 2007, proposto da Istituto di Vigilanza Sipro - Sicurezza Professionale s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

***contro***

Enel s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Castiello, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***nei confronti di***

Security Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria Ati - Security Service Sistemi s.r.l., Centralpol s.r.l.; Associazione nazionale combattenti e reduci - Istituto Vigilanza Urbe,

rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Studio Gianni Origoni & Partners in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

***per la riforma della sentenza del t.a.r. lazio – roma, sezione iii ter, n. 7110/2006, resa tra le parti, concernente affidamento servizio vigilanza e reception presso edifici civili ed industriali – risarcimento danno***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2011 il Cons. Antonio Malaschini e uditi per le parti gli avvocati Paoletti, Clarizia e Castiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, notificato il 6 giugno 2005, l'Istituto di vigilanza Sipro impugnava gli atti della gara indetta da ENEL s.p.a. per l'affidamento del servizio di vigilanza e *reception*, in distinti lotti, presso alcuni edifici della provincia di Roma.

La controinteressata Security Service s.r.l. proponeva opposizione ai sensi dell'articolo 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, chiedendo la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale.

2. La Sipro si costituiva pertanto in giudizio davanti al Tribunale

amministrativo regionale per il Lazio, eccependo in primo luogo che l'intero procedimento risultava viziato in quanto ENEL s.p.a., organismo di diritto pubblico, non aveva pubblicato il bando di gara né indetto un pubblico appalto di servizi, come invece era tenuto ai sensi dei decreti legislativi 17 marzo 1995, nn. 157 e 158.

Il provvedimento di esclusione veniva poi ritenuto viziato in quanto illegittimamente ENEL s.p.a. non aveva accolto le prospettazioni del ricorrente sull'esistenza delle condizioni per l'applicazione al caso di specie della figura contrattuale delle "*mansioni discontinue*"; sul non aver mai la Sipro avuto intenzione, come invece dichiarato da ENEL s.p.a. nel provvedimento di esclusione, di avvalersi di personale in apprendistato; e sull'effettiva parametrizzazione dell'offerta della Sipro alla retribuzione normale e non a quella ridotta per gli apprendisti, come ritenuto anche qui dall'ENEL.

Ancora, a giudizio della ricorrente, il provvedimento di esclusione risultava viziato perché la *lex specialis* di gara non prevedeva l'esclusione per mancata produzione della documentazione richiesta (nel caso di specie certificati del casellario giudiziale). Illegittima sarebbe anche stata l'esclusione determinata dall'esistenza di precedenti penali a carico del fratello del rappresentante legale della società, in quanto questi non risultava legato da alcun rapporto con la società stessa. Inoltre il provvedimento di esclusione era carente di motivazione, viziato nei presupposti, ed adottato in violazione del principio di proporzionalità, in quanto fondato sulla semplice mancata produzione di alcuni certificati penali.

Si costituivano in giudizio ENEL s.p.a. e le altre società controinteressate.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio anzitutto respingeva l'eccezione della Centralpol, di difetto di giurisdizione amministrativa, basata sulla considerazione che l'ENEL è un soggetto privato, non assoggettato alla giurisdizione amministrativa.

Riteneva il Tribunale amministrativo che, rivestendo l'ENEL natura di *organismo di diritto pubblico* in quanto in possesso dei relativi requisiti (personalità giuridica; carattere di società a prevalente partecipazione pubblica; finalità di soddisfacimento di bisogni di interesse generale), la controversia ricadeva nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

3.1 Il ricorso veniva poi respinto nel merito.

La censura relativa alla doverosità della gara comunitaria in luogo di una mera procedura negoziata come quella seguita, con la conseguente necessità di pubblicazione del bando di gara, nonché di seduta pubblica per l'apertura delle buste, veniva respinta perché la tipologia dei servizi rientrava nell'ambito della categoria 23 dell'allegato XVI B al decreto legislativo n. 158 del 1995 e dell'allegato XVI B della direttiva 2004/17/CE, che aveva abrogato la direttiva 93/98/CEE in materia di *settori speciali*. A tali servizi, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del decreto legislativo n. 158 del 1995 non si applicano le previsioni sulla pubblicità, previste invece per i servizi inclusi nell'allegato XVI A del decreto legislativo.

Correttamente ENEL s.p.a., ritenendo applicabile la disciplina dell'allegato XVI B del richiamato decreto legislativo, aveva svolto

una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, invitando i soggetti qualificati in precedenza.

Analogamente respinto era il secondo motivo, che censurava il giudizio di esclusione in quanto fondato sull'anomalia dell'offerta. La sentenza escludeva, dalla lettura del capitolato, la possibilità di poter qualificare "discontinue" le mansioni in esame, come sostenuto invece dalla ricorrente.

Il Tribunale amministrativo ricordava che l'ENEL aveva decretato l'esclusione dalla gara a causa della mancata produzione di alcuni certificati del casellario giudiziale, richiesti a pena di esclusione.

L'eccezione avanzata su tale punto non poteva essere accolta: la ricorrente avrebbe dovuto impugnare a suo tempo la nota del 20 gennaio 2005, con la quale l'ENEL imponeva ai concorrenti di depositare, pena esclusione dalla gara, i certificati dei familiari dei soggetti indicati, sino al secondo grado. In mancanza di tempestiva impugnazione, la clausola non poteva più essere annullata.

Respinto il ricorso principale avverso i provvedimenti di esclusione, risultavano, per il Tribunale amministrativo, non impugnabili dal concorrente escluso i provvedimenti di aggiudicazione della gara, per carenza di interesse.

4. Avverso tale decisione proponeva appello al Consiglio di Stato l'Istituto di vigilanza Sipro.

4.1 L'appello censurava la sentenza nella parte relativa alla prescritta produzione dei certificati del casellario giudiziale di parenti, fino al secondo grado, dei soggetti istituzionalmente legati alla società. La

circostanza di non avere la società tempestivamente impugnato la nota ENEL del 20 gennaio 2005, con la quale veniva richiesto il deposito dei certificati in questione, dava seguito ad una previsione invece già contenuta nella lettera di invito, impugnata dalla Sipro, e la nota del 20 gennaio 2005 anticipava semplicemente il momento di produzione dei certificati. Perciò era da valutare nel merito l'illegittimità di una richiesta che estendeva ai parenti fino al secondo grado la produzione del certificato del casellario giudiziale. In successive gare, l'ENEL non aveva riprodotto questa clausola.

4.2 Veniva poi ribadita la necessità di adozione di una procedura comunitaria in quanto, il fatto che l'attività di vigilanza fosse compresa in quelle dell'allegato XVI B, non poteva escludere l'applicazione di tutti i principi evincibili dai Trattati UE, i quali sono non derogabili da fonti subordinate, primo fra tutti quello della pubblicità e della pubblicazione del bando.

4.3 Ancora, l'appello rinnova la censura sulla possibilità di considerare "mansioni discontinue" quelle di servizio di *reception*; nonché sull'eventuale possibilità di utilizzare personale in apprendistato per lo svolgimento delle prestazioni in esame.

Si costituivano in giudizio ENEL, ANCR, Istituto di vigilanza Urbe, eccependo l'irricevibilità, l'improcedibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello.

5. La causa veniva assunta in decisione nella pubblica udienza del 15 novembre 2011.

5.1 Anche indipendentemente dalla questione di giurisdizione, risolta

positivamente in primo grado a favore del giudice amministrativo ma non specificamente sollevata con l'appello e dunque, a norma dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo, non sollevabile qui d'ufficio, il Collegio non può non considerare gli assunti sostanziali della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 1 agosto 2011, n. 16. Quegli assunti vengono qui in rilievo – posta l'analogia di configurazione soggettiva, a quegli effetti, di ENEL s.p.a. ed ENI s.p.a. o EniServizi s.p.a. - relativamente alla necessità o meno di adozione di una procedura di matrice comunitaria, con conseguenti prescrizioni in materia di pubblicità, come invocato dalla ricorrente, per gli appalti aventi ad oggetto attività di vigilanza da parte di imprese pubbliche, quali appunto qui l'ENEL o, nel caso che è stato sottoposto all'Adunanza plenaria, l'ENI.

Considera invero l'assunto dell'Adunanza Plenaria che, avuto riguardo ai compiti istituzionali delle imprese pubbliche del tipo in oggetto (in quella vicenda, come nella presente), e con riferimento all'appalto per cui era causa (attinente la vigilanza di uffici amministrativi) vada escluso che l'appalto rientri nei *settori speciali*, neanche come appalto a quelli *strumentale*.

Non vi è poi applicabile in via estensiva la disciplina dei settori ordinari, che è esclusa per le imprese pubbliche (articoli 207 e 32 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Stante l'evidenziata analogia, per *eadem ratio* circa la configurazione di impresa pubblica dei due soggetti appaltanti, va quindi escluso che ad un contratto di vigilanza di siti non legati, neanche in modo

strumentale, alla produzione di energia, possano essere applicate in via estensiva le norme previste dai trattati in materia di evidenza pubblica, in quanto si tratta, per le medesime ragioni indicate dalla rammentata sentenza dell'Adunanza plenaria, di un contratto *estraneo* agli scopi e all'oggetto delle due direttive comunitarie 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, cui dà oggi attuazione il d.lgs. n. 163 del 2006.

Va dunque respinta l'eccezione avanzata.

5.2 Venendo al merito del ricorso, relativamente alla clausola che imponeva la produzione di certificati del casellario giudiziale riferiti ai parenti fino al secondo grado, il Collegio ritiene di prescindere dalla questione che la previsione fosse contenuta nella lettera di invito, asseritamente impugnata dalla ricorrente, o invece nella nota ENEL del 20 gennaio 2005, non impugnata.

Non viene qui infatti contestato dalla ricorrente il fatto oggettivo della mancata presentazione: la stessa afferma testualmente nel ricorso che *“Sipro è stata esclusa dalla gara per non averli depositati nell’assurda ed irrazionale misura prevista (mancava infatti solo qualche certificato relativo a parenti residenti all’estero)”*.

Ciò manifesta un'evidente acquiescenza rispetto alla clausola, che non ha potuto essere compiutamente osservata: lo riconosce espressamente la ricorrente, per ragioni non certamente imputabili all'ENEL. Si aggiunga poi l'evidente considerazione che, presentati i documenti nel numero richiesto, la ricorrente avrebbe potuto successivamente censurare il rilievo e la valutazione che ad essi avesse dato l'appellante.

5.3 Nemmeno può essere accolta la censura di irragionevolezza della previsione in esame.

Tenuto conto della delicatezza e della peculiare natura del servizio (svolto, tra l'altro, da personale abilitato all'uso delle armi) è ragionevole che siano richiesti requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli di legge, al fine di escludere condizionamenti di qualsiasi sorta da parte di soggetti pericolosi (*ex multis*, Cons. Stato, V, 23 giugno 2011, n. 3809).

Il motivo non può quindi essere accolto.

5.4 Con la terza eccezione viene ricensurata in appello l'esclusione per anomalia dell'offerta.

La ricorrente ritiene di aver correttamente presentato la propria offerta facendo riferimento alle cosiddette "mansioni discontinue", per le quali il CCNL del settore prevede l'orario contrattuale di quarantacinque ore settimanali, in luogo delle ordinarie quaranta. Ciò sulla considerazione che la richiesta attività di *receptionist* sarebbe, per l'appunto, assimilabile alle "mansioni discontinue".

Il Collegio conviene con il giudice di primo grado sul fatto che, dalla lettura del capitolato tecnico, non può non desumersi il carattere "non discontinuo" delle mansioni in esame.

Il capitolato prevede, al punto 6.2, che "*l'addetto dovrà svolgere una costante ed attiva opera di osservazione sull'area di reception*"; "*dovrà predisporre e compilare un registro delle attività (registro turni) nel quale dovranno essere riportate ... l'ora di inizio e fine dei turni*", senza prevedere periodi di pausa.

Inoltre viene specificato nel capitolato che il passaggio di consegne fra gli addetti debba avvenire, senza interruzione, in corrispondenza fra la fine e l'inizio del turno.

Lo stesso CCNL, richiamato dalla ricorrente, stabilisce che nel caso in cui, per le particolari modalità di svolgimento del servizio, venissero annullati i tempi intermedi di sosta che caratterizzano la mansione discontinua, tornerebbe ad applicarsi il regime comune che prevede un orario di quaranta ore settimanali.

Tutto ciò dimostra come sia richiesto al lavoratore un impegno costante, incompatibile con lo svolgimento di mansioni discontinue. Anche questo motivo non può quindi essere accolto.

6. Le ragioni esposte consentono di dichiarare assorbite o non rilevanti le ulteriori censure avanzate – come quella del ricorso ad apprendisti e non, come previsto dal capitolato, a personale qualificato; o quella relativa alla indicazione del monte ore lavorato – e conducono a senz'altro respingere il ricorso.

Altrettanto da respingere, esclusa per le esposte ragioni l'antigiuridicità del comportamento dell'ENEL, è la domanda risarcitoria.

Sussistono sufficienti ragioni, legate alla complessità della controversia, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza di primo grado.

Compensa le spese dell'attuale fase di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Antonio Malaschini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2011

IL SEGRETARIO

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