



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8082 del 2011, proposto da:

Istituto di Vigilanza Sibari Control di Ricco Francesco & C. S.a.s., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano e Santo Manes, con domicilio eletto presso Francesco Scanzano in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

Comune di Paola;

nei confronti di

Istituti Riuniti di Vigilanza S.r.l., Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna S.r.l. e Codis S.r.l., anche nella qualità di mandataria e mandanti della costituenda a.t.i., tutte rappresentate e difese dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Cosco in Roma, via Anapo, 29;

sul ricorso numero di registro generale 8600 del 2011, proposto da:

Comune di Paola, rappresentato e difeso dall'avv. Santo Manes, con domicilio eletto presso l'avv. Tommaso Manferoce in Roma, piazza Vescovio 21;

contro

Istituti Riuniti di Vigilanza S.r.l. in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Istituto di Vigilanza Privata Notturna e Diurna S.r.l. e Codis S.r.l.;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Sibari Control di Ricco Francesco & C. S.a.s.;

per la riforma

della sentenza breve TAR Calabria – Catanzaro: sezione II n. 00953/2011, resa tra le parti, concernente APPALTO SERVIZIO DI VIGILANZA E SICUREZZA DEL PALAZZO DI GIUSTIZIA DELLA CITTA' DI PAOLA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Istituti Riuniti di Vigilanza S.r.l., Vigilanza Privata Notturna e Diurna S.r.l. e della Codis S.r.l., in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandanti dell'a.t.i. costituenda;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Calisi, per delega dell'avv. Scanzano e dell'avv. Manes, l'avv. Sanino, per delega degli avvocati Gualtieri e Verbaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 953 del 2011, il TAR Calabria, Catanzaro, sezione seconda, ha accolto il ricorso proposto da Istituti Riuniti di Vigilanza s.r.l., Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l. e Codis s.r.l., in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandanti dell'a.t.i. tra loro a costituirsi ed ha annullato le operazioni della commissione di gara e di conseguenza l'aggiudicazione provvisoria a favore della società Istituto di vigilanza Sibari Control di Ricco Francesco & C. s.a.s. disposta con verbale della commissione di gara n. 7 del 25 maggio 2011.

Con il ricorso rubricato al n. 8082 del 2011, l'Istituto di Vigilanza Sibari Control di Ricco Francesco & C. (d'ora innanzi Sibari Control) ha proposto appello avverso la suddetta sentenza, chiedendone la riforma alla stregua dei seguenti motivi:

- 1) motivazione erronea e perplessa; violazione dell'art. V.3 del bando di gara (informazioni complementari); violazione dei principi vigenti in materia di pubbliche gare in tema di valutazione delle offerte tecniche; violazione dei principi in materia di partecipazione a gare pubbliche dei raggruppamenti temporanei di imprese;
- 2) motivazione erronea e perplessa; violazione dell'articolo II.3 del bando di gara (quantitativo o entità dell'appalto); violazione dei principi vigenti in materia di tariffe legali per i servizi di vigilanza privata.

Con ricorso rubricato al n. 8600 del 2011, il Comune di Paola ha proposto appello avverso la stessa sentenza, chiedendone la riforma per *error in procedendo e in iudicando*, alla stregua degli stessi motivi dedotti dalla Sibari Control.

Si sono costituite in giudizio le società Istituti Riuniti di Vigilanza s.r.l., Vigilanza Privata Notturna e Diurna s.r.l. e Codis s.r.l. (d'ora innanzi solamente a.t.i. Istituti Riuniti di Vigilanza), che hanno contestato le censure, chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno illustrato le proprie tesi difensive e, alla pubblica udienza del 12 giugno 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli in epigrafe indicati vanno riuniti ai sensi dell'art. 96 c.p.a., trattandosi di appelli avverso la stessa sentenza.

2.- Con il primo motivo d'appello è censurata la sentenza del TAR per motivazione erronea e perplessa, per violazione del bando di gara (art. V.3), dei principi vigenti in materia di pubbliche gare sia in tema di valutazione delle offerte tecniche e che di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Secondo le appellanti non sarebbe corretta la decisione del TAR, laddove ha ritenuto errata l'applicazione da parte della commissione di gara del coefficiente c2 e del relativo calcolo del punteggio per il fatturato.

In particolare, gli appellanti assumono che l'interpretazione data dal TAR alla disposizione del bando non sarebbe conforme alla formulazione letterale e sarebbe in contrasto con i principi che governano le pubbliche gare, nonché illogica e incongrua quanto al riferimento al criterio previsto per il coefficiente "a", essendo quest'ultimo relativo all'offerta economica, e quindi non comparabile con i coefficienti "b" e "c" finalizzati alla valutazione della componente tecnica dell'offerta e, quindi, rispondenti a disciplina giuridica differenziata.

Essi assumono che l'interpretazione seguita dal TAR finisce con il creare effetti distorsivi della concorrenza e

collidenti con i principi nazionali e comunitari e sarebbe in contrasto con la finalità del criterio, cioè di verificare la stabilità dell'impresa e il grado di affidabilità dell'appaltatore.

2.1- Le censure non sono fondate.

La procedura di gara in questione, bandita dal Comune di Paola con bando del 12 gennaio 2011, relativa al "Servizio di Vigilanza e Sicurezza del Palazzo di Giustizia della città di Paola", andava aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al prezzo per il quale era previsto il punteggio massimo di punti 50; al merito tecnico il cui massimo punteggio era di punti 25; alle referenze di gestione con punteggio massimo di punti 25, suddivisi in 12,50 per i servizi simili e 12,50 per il fatturato.

Riguardo al coefficiente "a" relativo al prezzo, la formula indicata dal disciplinare di gara, raffrontava il "prezzo minimo", ovvero l'offerta con il maggior ribasso, e il prezzo della singola offerta, graduando il punteggio con rapporto di stretta proporzionalità quanto maggiore era la distanza rispetto al prezzo minimo.

Riguardo al coefficiente "c" relativo alle referenze di gestione, il disciplinare di gara aveva diviso il coefficiente in due elementi "c1" e "c2", suddividendo il valore massimo di "1" in 0,5 per ciascuno.

In particolare:

riguardo al coefficiente c1, stabiliva *"c1 sarà uguale a 0 se i servizi simili resi negli ultimi tre anni sono inferiori a tre; 0,25 se i servizi simili resi negli ultimi tre anni sono compresi tra 3 e 6; 0,5 se i servizi simili resi sono superiori a 6"*;

riguardo al coefficiente c2, la formula del disciplinare di gara indicava *"fatturato minimo/fatturato maggiore x50"*.

2.2- La commissione di gara ha applicato il coefficiente c2, assumendo come parametri il fatturato minimo e massimo conseguito nei tre anni da ciascuna ditta confrontandoli al loro interno.

Il TAR ha ritenuto che tale formula è stata erroneamente applicata dalla commissione di gara.

Così operando dice il TAR *"si era finito per premiare quella ditta che non presentava significativi scostamenti di fatturato nel triennio, anziché la ditta con il maggior fatturato. L'incongruità di tale applicazione risultava ancor più evidenziata dalla non conformità dell'applicazione di questo coefficiente con il coefficiente relativo al prezzo, atteso che per quest'ultimo il raffronto è stato fatto tra i prezzi offerti dalle varie partecipanti..e dall'abnormità del risultato, rispetto al dato crudo, del maggior fatturato dell'a.t.i. ricorrente.."* concludendo *"che non può ritenersi congruo un criterio che premia con un maggior punteggio il concorrente che presenta referenze di gestione più modeste"*.

2.3- Il percorso motivazionale del TAR, contrariamente a quanto assumono gli appellanti, appare corretto e logico e conforme alla *ratio* della disposizione, attesa, tra l'altro, la sua scarsa chiarezza contenutistica, non essendo indicato quale sia "il fatturato minimo", né "quello maggiore" da raffrontare.

2.4- Invero, secondo criteri logici, la disposizione non può che essere letta nel senso di raffrontare il fatturato minimo della ditta in esame con il fatturato migliore tra le ditte in gara.

In tal modo, parallelamente alla formula del prezzo, la ditta con il fatturato migliore otterrà il massimo coefficiente di 0,50, mentre le altre otterranno un valore via via minore; con poca distanza in caso di fatturati simili e con un distacco sempre maggiore con l'aumentare del gap tra i fatturati.

Diversamente operando il massimo punteggio per il fatturato non sarebbe appannaggio del partecipante che ha il maggior fatturato, e gli altri a seguire in via proporzionale sulla base dei fatturati conseguiti.

In tal senso è la *ratio* del disciplinare che è incentrato sul rapporto tra fatturati.

Questa interpretazione è conforme, oltre che alla lettera della disposizione, anche a criteri di ragionevolezza e di logicità, non essendo ipotizzabile un criterio che premi con un maggior punteggio il concorrente che presenta referenze di gestione più modeste.

2.5- Né ha pregio quanto affermato dagli appellanti, circa la volontà dell'amministrazione espressa con la disposizione di cui trattasi, di valutare favorevolmente l'impresa che attraverso un fatturato costante negli ultimi tre anni dimostri serietà di gestione, atteso che la valutazione soggettiva dell'impresa è oggetto del coefficiente c1, sempre relativo alle referenze di gestione.

Come detto, il coefficiente "c2" pone, invece, il raffronto con il migliore fatturato tra le imprese partecipanti.

Una diversa interpretazione della disposizione del bando, quale è quella seguita dalla commissione di gara, porta ad effetti abnormi poiché attribuendo il punteggio sul mero raffronto del fatturato maggiore e minore della singola partecipante, finisce con il premiare il dato puramente casuale della vicinanza tra fatturato maggiore e minore, annientando la funzione di siffatto punteggio, che non esprimerebbe l'apprezzamento per il maggior fatturato, ma solo la casuale combinazione.

Invero, l'applicazione del criterio, così come operato dalla commissione di gara, ha comportato un sostanziale appiattimento dei punteggi per tale coefficiente, con la conseguenza che l'a.t.i. resistente ha conseguito un punteggio di poco superiore alle altre (punti 12, rispetto a 9 punti della Sibari Control e 10,625 della Ronda) malgrado il suo fatturato del triennio 2008 – 2010 sia di circa 50 milioni di euro, di gran lunga superiore a quello delle altre concorrenti (2 milioni cinquecentomila euro è il fatturato della Ronda e 5 milioni di euro quello di Sibari Control).

2.6- Quanto all'asserita violazione del principio della concorrenzialità lamentato dalle parti appellanti, non risulta compromesso, atteso che il punteggio relativo al fatturato costituisce solo una minima parte rispetto al punteggio globale (12,5 su 100 punti totali).

2.7- Lamentano le parti appellanti, che l'interpretazione seguita dal TAR sarebbe in contrasto con la formulazione letterale della disposizione della *lex* di gara.

E' il caso di ricordare che in base al noto principio derivante dall'art. 1367 c.c., in caso di dubbio il contratto o le singole clausole devono essere interpretate nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (Cons. Stato, sesta, 4 giugno 2002, n. 3153), con la conseguenza che qualora l'interpretazione di una disposizione sembri trovare appiglio nella lettera del testo, ma conduca tuttavia ad una soluzione contrastante con la legge, essa deve essere senz'altro scartata in favore dell'opzione ermeneutica che garantisca invece il rispetto dei precetti di legge.

Alla stessa conclusione conduce anche l'applicazione del principio interpretativo dettato dall'art. 1369 c.c. sulla diretta applicazione dei precetti ermeneutici indicati dal codice civile anche per gli atti amministrativi.

Ne consegue che le espressioni che possono avere più significati devono essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto. La prevalenza spetta all'interpretazione che garantisca la proporzionalità e l'oggettività dei punteggi, rispetto a quella che risulta essere del tutto sconnessa rispetto alla funzione.

D'altra parte il dualismo irrisolto tra lettera «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» e spirito o *ratio* è stato invero sciolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti attraverso la «svalutazione» del primo criterio, rilevandosi la inadeguatezza e l'ingenuità della stessa idea di interpretazione puramente letterale.

Fermo tanto, va osservato che correttamente il TAR fa riferimento all'intero contesto motivazionale al fine di chiarire la portata della disposizione di cui trattasi.

In conclusione, l'errata applicazione di questo criterio ha stravolto l'esito della gara che, ove correttamente applicato, avrebbe visto aggiudicataria l'a.t.i. Istituti Riuniti di Vigilanza.

3.- Con il secondo motivo le appellanti censurano la sentenza per violazione dell'articolo II.3 del bando di gara e dei principi vigenti in materia di tariffe legali per i servizi di vigilanza privata, avendo il TAR ritenuto vincolante il rispetto delle tariffe di legalità, in quanto richiamate dal bando di gara.

Anche questa censura è infondata.

Il bando di gara, dopo aver indicato l'importo complessivo a base di gara (di euro 780.759,00 oltre i.v.a. per la durata di anni tre e una stima di ore di servizio pari a 28.917), ha precisato che *“le ditte nell'esprimere la propria offerta dovranno prendere come base di riferimento il suddetto numero di ore complessivo di servizio e, perciò, un corrispettivo per ciascuna ora di servizio effettuata pari ad euro 27,00, di cui 26,98 soggetta a ribasso...oltre iva come per legge e nel rispetto delle tariffe di legalità per i servizi di vigilanza privata vigenti nella provincia di Cosenza ed approvate dal Prefetto di Cosenza”*.

La previsione della *lex* di gara sul punto era estremamente chiara e onerava le partecipanti a proporre un ribasso con il preciso limite del rispetto delle tariffe di legalità.

Sta di fatto che le ultime tariffe di legalità vigenti nella Provincia di Cosenza fissate dal Prefetto prevedevano 27,00 euro l'ora con variazione in più o in meno sino al 10%, sicché non potevano essere ammessi ribassi superiori a tale percentuale.

Non rileva, quindi, che le tariffe legali non siano di per sé vincolanti, né che la giurisprudenza abbia ritenuto che scostamenti dalle tariffe di legalità rilevino solamente nell'ambito della verifica di congruità dell'offerta, poiché siffatte pronunce non riguardano le ipotesi in cui il rispetto delle tariffe di legalità sia stato imposto dal bando di gara, rimasto inoppugnato sul punto.

In sostanza, attraverso la mediazione del bando di gara, la tariffa di legalità ha perso la connotazione propria per assumere quella di regola da rispettare perché imposta dal bando di gara.

In conclusione, a fronte della chiara disposizione del bando di gara, le offerte difformi dai parametri fissati dal bando andavano escluse dalla gara per violazione di una regola della *lex* di gara, e tanto anche in forza del basilare principio della *par condicio*, non potendosi ammettere che imprese rispettose delle prescrizioni della *lex* di gara siano sfavorite rispetto alle imprese che non le abbiano rispettate per ottenere un migliore punteggio.

Per le ragioni esposte, gli appelli riuniti vanno respinti.

Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, attesa la scarsa chiarezza del bando di gara che ha favorito la controversia .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce e li respinge.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2012

IL SEGRETARIO

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