

A.P. Cons. St, Decisione n. 9 del 23 luglio 2004.
Pres. De Roberto, Est. Maruotti : S.p.a. Mazzoni Ambiente
c/ S.p.a. Grandi Stazioni cf/ S.c.r.l. Manutencoop ed altri.

1. *Ai sensi dell'art. 6, 1° comma, della Legge n. 205/2000, spetta la Giudice amministrativo la giurisdizione in materia di appalti pubblici banditi dalla società "Grandi Stazioni Spa".*

2. *È un principio di ordine generale quello secondo cui sussiste l'obbligo di indire la gara – relativa ad un appalto comunitario – anche quando il soggetto che vi è tenuto non svolge direttamente le relative attività organizzative e di gestione, ma – sulla base di un contratto o di un titolo equivalente – ne affida lo svolgimento ad un altro soggetto;*

2. *La s.p.a. Ferrovie dello Stato è qualificabile come organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice, perché ha la doppia natura di "impresa pubblica" e di "soggetto privato che si svolge di diritti speciali o esclusivi", per l'esercizio della attività ferroviaria.*

3. *La s.p.a. Grandi Stazioni – essendo partecipata al sessanta per cento dalla s.p.a. Ferrovie dello Stato e dunque sotto la sua influenza dominante ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 158, del 1995 - va qualificata come "impresa pubblica", tenuta a indire le gare comunitarie per la scelta del contraente che svolge il servizio di pulizia nelle stazioni ferroviarie.*

4. *Ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 158 del 1995 ed art. 3, lettera c), del d.P.R. n. 277 del 1998 alla disciplina sui settori ex esclusi si applica per l'attività di gestione delle stazioni ferroviarie, che sono parte integrante della infrastruttura ferroviaria.*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2 del 2004 dell'Adunanza Plenaria (n. 1831 del 2003 della Sesta Sezione), proposto dalla s.p.a. Mazzoni Ambiente (in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la s.r.l. Buccalossi Ferroviaria), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Crisci e Pierluigi Piselli, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Giuseppe Mercalli n. 13, presso lo studio dell'avvocato Pierluigi Piselli,

contro

la s.p.a. Grandi Stazioni (appellante incidentale), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Annoni e Piero d'Amelio, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via della Vite n. 7, presso lo studio dell'avvocato Piero d'Amelio;

e nei confronti

della s.c.r.l. Manutencoop (in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la s.c.r.l. Consorzio nazionale servizi, la s.c.r.l. Cooperativa di lavoro Team Service, la s.p.a. Pulitori e affini, la s.c.r.l. L'Operosa), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Mastragostino e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Confalonieri, presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. III ter, 21 ottobre 2002, n. 8918, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 2544 del 2002;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata s.p.a. Grandi Stazioni, col relativo appello incidentale, depositato in data 17 marzo 2003 e integrato con memorie depositate in data 11 giugno 2003 e 11 dicembre 2003;

Vista la memoria di costituzione in giudizio dell'A.T.I. appellata, depositata in data 5 marzo 2003 e integrata con una memoria depositata in data 10 dicembre 2003;

Viste le memorie depositate dall'appellante in data 6 giugno 2003 e 10 dicembre 2003

Vista l'ordinanza della Sezione Sesta, 3 settembre 2003, n. 4909, nonché la documentazione successivamente depositata;

Vista l'ordinanza della Sesta Sezione n. 167 del 22 gennaio 2004, con cui la causa è stata deferita all'esame della Adunanza Plenaria;

Vista la memoria depositata dall'appellante in data 13 maggio 2004;

Vista la memoria depositata dalla s.p.a. Grandi Stazioni in data 19 maggio 2004;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Data per letta la relazione del Consigliere di Stato Luigi Maruotti alla pubblica udienza del 24 maggio 2004 e uditi gli avvocati Stefano Crisci e Pierluigi Piselli per l'appellante principale, l'avvocato d'Amelio e l'avvocato Marco Annoni per l'appellante incidentale e Andrea Manzi, su delega

dell'avv. Luigi Manzi, per la s.c.r.l. Manutencoop;

Considerato che è stato depositato il dispositivo della decisione, cui segue il deposito della relativa motivazione, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, come modificata dalla legge n. 205 del 2000;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con un bando trasmesso all'Unione Europea in data 3 settembre 2001, la s.p.a. Grandi Stazioni ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia in quattordici stazioni ferroviarie (Roma Termini, Milano Centrale, Torino Porta Nuova, Genova Principe e Genova Brignole, Verona Porta Nuova, Venezia Santa Lucia, Venezia Mestre, Bologna Centrale, Firenze S. Maria Novella, Napoli Centrale-Piazza Garibaldi, Bari Centrale, Palermo Centrale), da aggiudicare in base al criterio del massimo ribasso percentuale sull'importo a base d'asta, fissato in euro 49.500.000 per i tre anni di durata del servizio.

Al termine della gara, la s.p.a. Grandi Stazioni:

- con la nota n. 2676 dell'8 febbraio 2002, ha comunicato alla s.p.a. Mazzoni Ambiente l'annullamento della aggiudicazione provvisoria, già disposta in suo favore;

- con la nota n. 2677 di pari data, ha disposto l'aggiudicazione in favore della s.a.r.l. Manutencoop.

2. Col ricorso n. 2544 del 2002 (proposto al TAR per il Lazio), la s.p.a. Mazzoni Ambiente ha impugnato gli atti di gara, compreso il bando e l'aggiudicazione finale, e ne ha chiesto l'annullamento, oltre la condanna della s.p.a. Grandi Stazioni al risarcimento dei danni.

La ricorrente ha altresì depositato motivi aggiunti.

Il TAR, con la sentenza n. 8918 del 2002, ha respinto il ricorso ed ha compensato tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

3. Col gravame in esame, la s.p.a. Mazzoni Ambiente ha impugnato la sentenza del TAR ed ha chiesto che, in sua riforma, sia accolto il ricorso di primo grado.

Si sono costituite in giudizio la s.p.a. Grandi Stazioni e la società aggiudicataria della gara, che hanno concluso perché l'appello sia respinto.

La s.p.a. Grandi Stazioni, con un atto di appello incidentale, ha anche chiesto che il Consiglio di Stato dichiari il difetto di giurisdizione amministrativa.

Le parti, nel corso del giudizio, hanno depositato gli atti difensivi indicati in epigrafe.

La Sesta Sezione, con l'ordinanza n. 167 del 22 gennaio 2004, ha devoluto all'Adunanza Plenaria l'esame della controversia.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle già formulate conclusioni.

4. All'udienza del 24 maggio 2004 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nel presente giudizio, è controversa la legittimità degli atti con cui la s.p.a. Grandi stazioni ha aggiudicato alla s.c.r.l. Manutencoop la gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia in quattordici stazioni ferroviarie (Roma Termini, Milano Centrale, Torino Porta Nuova, Genova Principe e Genova Brignole, Verona Porta Nuova, Venezia Santa Lucia, Venezia Mestre, Bologna Centrale, Firenze S. Maria Novella, Napoli Centrale-Piazza Garibaldi, Bari Centrale, Palermo Centrale), in base al

criterio del massimo ribasso percentuale sull'importo a base d'asta (euro 49.500.000 per i tre anni di durata del servizio).

Il servizio ha riguardato le aree aperte al pubblico (tra cui i marciapiedi, le sale di attesa, i depositi bagagli, i servizi igienici, le biglietterie e i posti di polizia) e le superfici a destinazione "commerciale-ausiliaria al commerciale", inserite nei complessi immobiliari ove si trovano le stazioni.

Col ricorso di primo grado, proposto al TAR per il Lazio, la s.p.a. Mazzoni Ambiente:

- ha premesso di avere gestito il servizio di pulizia della stazione di Torino-Porta Nuova (quale consorziata della s.c.r.l. Centro Nord Ovest);

- ha dedotto che, con gli atti nn. 2676 e 2677 dell'8 febbraio 2002 (poi seguiti dalla nota di 'chiarimento' n. 6186 del 22 marzo 2002), la s.p.a. Grandi Stazioni ha annullato l'aggiudicazione provvisoria già disposta in suo favore ed ha aggiudicato la gara alla s.c.r.l. Manutencoop;

- ha impugnato gli atti di gara (comprese le previsioni del bando sui requisiti di ammissione) e ne ha chiesto l'annullamento, oltre al risarcimento dei danni.

Il TAR, con la sentenza impugnata, dopo avere dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa, ha respinto il ricorso.

Con l'appello principale, la s.p.a. Mazzoni Ambiente ha chiesto che, in riforma della sentenza del TAR, siano accolte le domande e le censure formulate in primo grado.

2. Ha carattere preliminare l'esame dell'appello incidentale, con cui la s.p.a. Grandi Stazioni ha chiesto che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1. Va premesso che la sentenza impugnata ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa, senza richiamarne la norma fondante, sulla base delle seguenti considerazioni:

- lo Stato Italiano è azionista di maggioranza della s.p.a. F.S., che ha natura di organismo di diritto pubblico, così come le società da essa controllate che svolgono le attività di impresa di vettore ferroviario e di gestore dell'infrastruttura ferroviaria (come la s.p.a. Grandi Stazioni, che ha personalità giuridica, è sottoposta ad una influenza pubblica ed è funzionalizzata al soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale);

- non rileva in contrario il fatto che la s.p.a. Grandi Stazioni svolga altre attività, oltre quelle istituzionali, poiché il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, “non implica che il soggetto debba occuparsi in modo esclusivo o assoluto di bisogni del genere”.

2.2. Con l'appello incidentale, la s.p.a. Grandi Stazioni ha contestato tali argomentazioni ed ha dedotto che:

- non sarebbe “sotto l'influenza dominante di FS”;

- non sarebbe qualificabile come amministrazione aggiudicatrice o come organismo di diritto pubblico.

2.3. Con l'ordinanza n. 167 del 2004, in relazione alla applicabilità dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, la Sesta Sezione ha sottoposto alla valutazione dell'Adunanza Plenaria alcune questioni:

- un primo gruppo riguarda la normativa applicabile per gli appalti aventi ad oggetto il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie e, qualora risulti applicabile il decreto legislativo n. 158 del 1995, la annoverabilità

della s.p.a. Grandi Stazioni tra le imprese pubbliche;

- un secondo gruppo riguarda la possibilità di qualificare la s.p.a. Grandi Stazioni come organismo di diritto pubblico e, in particolare, la verifica se il servizio di pulizia di stazioni ferroviarie (compresi i marciapiedi, le sale di attesa, i servizi igienici, le biglietterie, i posti di polizia) sia strumentale a infrastrutture destinate al servizio pubblico di trasporto ferroviario e sia finalizzato al soddisfacimento di un bisogno di carattere generale.

3. Così riassunte le vicende che hanno condotto alla presente fase del giudizio, va verificato se per la controversia si applica l'art. 6, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, per il quale "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".

Con tale disposizione, il legislatore:

- ha individuato una ipotesi di giurisdizione esclusiva per le liti concernenti le procedure caratterizzate dalla doverosa indizione di una gara, in applicazione della normativa comunitaria (o di quella statale o regionale sulla evidenza pubblica);

- ha previsto una regola processuale strettamente conseguente alla sussistenza dell'obbligo di indizione della gara in base a regole pubblicistiche (ed a poteri di natura amministrativa), poco importando – in coerenza col diritto comunitario - la natura giuridica del soggetto tenuto a seguire il procedimento.

Diventa così decisiva la verifica se la s.p.a. Grandi Stazioni fosse o meno tenuta a indire la gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia nelle quattordici stazioni in questione, per un importo a base d'asta senz'altro superiore alla soglia comunitaria.

4. Circa la normativa rilevante per tale verifica, l'ordinanza di rimessione ha osservato che:

- per la valutazione delle offerte anomale, il bando di gara ha previsto che all'impresa offerente sarebbero stati chiesti i relativi elementi giustificativi, da presentare entro i successivi cinque giorni (similmente a quanto previsto dal decreto legislativo n. 157 del 1995, sugli appalti pubblici di servizi);

- l'art. 5 del decreto legislativo n. 158 del 1995 sottopone alla disciplina sui settori ex esclusi la gestione di reti di trasporto pubblico per ferrovia.

5. Osserva al riguardo l'Adunanza Plenaria che – per determinare la normativa applicabile per una gara d'appalto – in linea di principio ha senz'altro rilievo il bando.

Questo, infatti, deve richiamare la fonte normativa su cui si fonda, poiché:

- *ab initio* devono essere chiare le disposizioni applicabili, per gli aspetti da esso non presi in considerazione;

- l'impresa interessata può così valutare se partecipare e formulare l'offerta ovvero se impugnare l'atto di indizione, se questo - in ipotesi - le precluda la partecipazione, con un erroneo richiamo alla normativa di settore.

Ove l'obbligo sia rispettato, nel corso del procedimento di scelta del contraente e in sede giurisdizionale va applicata la normativa richiamata nel

bando (salvo il caso in cui, sussistendone i presupposti, sia fondatamente contestata la stessa legittimità del richiamo alla normativa di settore).

Ove il bando, invece, non richiami la fonte normativa su cui si fonda, tale irregolarità comporta che in sede giurisdizionale si deve tenere conto dello specifico oggetto dell'appalto, per accertare la disciplina applicabile e le sue implicazioni sostanziali e processuali.

6. Nella specie, l'originario bando (il "disciplinare per la presentazione dell'offerta", trasmesso all'Unione Europea in data 3 settembre 2001) non ha richiamato la fonte normativa su cui si è fondato (tanto meno il decreto legislativo n. 157 del 1995 o quello n. 158 del 1995), neppure a p.15, nella parte riguardante il criterio della valutazione delle offerte anomale (essendosi limitato a prevedere un criterio di valutazione ed il relativo procedimento, che in questa sede non possono essere oggetto di comparazione e di assimilabilità ai criteri previsti dalle normative di settore).

Pertanto, diventa rilevante l'esame dello specifico oggetto dell'appalto.

7. Dalla articolata documentazione depositata, emerge che la gara d'appalto ha unitariamente riguardato:

a) il servizio di pulizia di quattordici grandi stazioni ferroviarie, ivi compresi i marciapiedi, le sale di attesa, i depositi bagagli, i servizi igienici, le biglietterie e i posti di polizia;

b) il servizio di pulizia da svolgere sulle superfici a destinazione "commerciale-ausiliaria al commerciale".

La gara e il conseguente contratto hanno dunque avuto un oggetto articolato ('misto'), poiché hanno riguardato spazi destinati agli utenti e agli operatori del servizio ferroviario e spazi destinati ad un uso commerciale (e

utilizzati anche dagli utenti e dagli operatori del servizio ferroviario, in ragione della stretta contiguità tra le strutture ferroviarie e quelle commerciali, facenti parte degli stessi compendi immobiliari).

8. Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, per accertare se la s.p.a. Grandi Stazioni fosse 'tenuta' a indire il bando in questione, è sufficiente verificare la doverosità della gara per la scelta dell'appaltatore del servizio di pulizia degli spazi destinati agli utenti del servizio ferroviario e alle persone che vi lavorano.

Infatti, l'obbligo di indire una gara continua a sussistere anche quando il soggetto, che vi è tenuto, intenda concludere un contratto avente per oggetto un *quid pluris* rispetto alle prestazioni per le quali è prescritta l'indizione della gara.

Questo principio – fondamentale per evitare l'elusione della applicazione della normativa pubblicistica – va rimarcato nel settore degli appalti di rilievo comunitario, poiché l'obbligo della gara non viene meno se, nella prassi nazionale, il soggetto tenuto a indire la gara intenda acquisire – con un contratto unitario - prestazioni ulteriori, rispetto a quelle da realizzare nel rispetto della normativa pubblicistica.

In materia, non rileva il confronto tra il valore economico delle prestazioni per le quali è indefettibile la gara e il valore economico delle prestazioni "ulteriori", poiché la regola della gara non viene meno in conseguenza delle determinazioni del soggetto che è tenuto a bandirla: non importa il *nomen iuris* o l'atipicità del contratto da concludere (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 12 luglio 2002, C. 399/98; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577; Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1221/91; Sez. II,

11 dicembre 1991, n. 1208/91; Sez. II, 19 giugno 1991, n. 570/91).

Ciò comporta che:

- non rilevano le osservazioni della s.p.a. Grandi Stazioni sul contenuto delle specifiche clausole del contratto a suo tempo da essa stipulato con la s.p.a. F.S. (e riguardanti il suo rischio di impresa, il suo obbligo di effettuare investimenti sui complessi immobiliari e i criteri di ripartizione dei costi del servizio di pulizia tra gli utilizzatori dei medesimi complessi);

- va esclusivamente verificata la normativa applicabile per la scelta del contraente per il servizio di pulizia delle superfici destinate al pubblico nelle grandi stazioni ferroviarie (restando irrilevante nel giudizio la distinta questione se, *ratione personae*, doveva essere bandita la gara nel caso – non verificatosi - di affidamento del servizio di pulizia unicamente per le superfici a destinazione “commerciale-ausiliaria al commerciale”).

9. Ritiene l'Adunanza Plenaria che per il servizio di pulizia destinato al pubblico nelle stazioni ferroviarie sia applicabile il decreto legislativo n. 158 del 1995.

In primo luogo, l'art. 7, comma 1, lettera c), del decreto legislativo ha sottoposto – alla normativa sui settori ex esclusi - gli appalti “di servizi”, aventi per oggetto le prestazioni elencate nell'allegato XVI-A.

Tra tali prestazioni, la cat. 14 dell'allegato ha espressamente riguardato i “*servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari*”, così specificando che i servizi di pulizia, quando riguardano gli edifici rientranti nel ‘settore trasporti’, sono disciplinati dal medesimo decreto legislativo n. 158 del 1995 (e non da quello n. 157 del 1995).

In secondo luogo, vanno richiamate le disposizioni che hanno dato una definizione tecnica delle infrastrutture ferroviarie.

Va premesso che – per la definizione di queste infrastrutture e per il riscontro della normativa applicabile – non rileva quanto previsto nel contratto, stipulato tra la s.p.a. Grandi Stazioni e la s.c.r.l. Manutencoop, all’esito della gara *de qua*.

Nel contratto, le parti hanno inteso in un senso ‘restrittivo’ il significato delle espressioni “infrastrutture” e “impianti ferroviari” e – per determinare l’oggetto del contratto d’appalto – hanno qualificato come infrastrutture le sole opere destinate al traffico delle vetture ferroviarie (anche al fine di non far rientrare, tra le prestazioni dovute, il servizio di pulizia dei binari posti all’interno delle stazioni).

Per la verifica della normativa applicabile per la procedura di gara, va invece esaminato l’art. 5 del decreto legislativo n. 158 del 1995 (vigente *ratione temporis* alla data di indizione del bando), il quale ha inserito nei settori ex esclusi:

- al comma 1, “*la gestione di reti di pubblico trasporto per ferrovia*”;
- al comma 2, gli “*impianti terminali di trasporto*”, con riferimento ai “*vettori aerei, marittimi e fluviali*”.

Poiché nella “*gestione*” rientrano le attività di manutenzione e di pulizia, nell’ambito della “*gestione delle reti di pubblico trasporto per ferrovia*” rientra senz’altro il servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie.

Le stazioni ferroviarie vanno qualificate come elementi costitutivi della rete ferroviaria destinata al servizio pubblico di trasporto, e non come “*impianti terminali di trasporto*”, poiché, sul piano letterale:

- il comma 2 si è riferito a tali “*impianti terminali*” per definire i punti di partenza e di arrivo degli aerei, delle navi e delle altre imbarcazioni, che seguono una rotta e non utilizzano una “*rete*” (anche se le interconnessioni tra

le rotte consentono lo svolgimento di un articolato servizio di trasporto aereo o navale);

- il comma 1 si è riferito alle *“reti di pubblico trasporto per ferrovia”*, da intendere come le strutture materiali necessarie che caratterizzano il percorso e lo svolgimento del servizio ferroviario, caratterizzato dai binari e dalle stazioni ferroviarie.

Questa interpretazione – oltre a fondarsi sulla diversità tra le reti (del servizio ferroviario) e le rotte (seguite dai vettori aerei, marittimi e fluviali) - è confermata dalla definizione di *“infrastruttura di trasporto”*, contenuta nell’art. 3, lettera c), del d.P.R. n. 277 del 1998, che ha richiamato la nozione comunitaria di cui all’allegato 1 al regolamento della commissione n. 2598 del 18 dicembre 1970 (cui ha fatto riferimento anche la direttiva n. 440 del 1991).

Per l’allegato, l’infrastruttura ferroviaria è composta, tra l’altro, dalla *“sistemazione dei piazzali per viaggiatori e per merci, compresi gli accessi stradali”*, nonché dagli *“edifici adibiti al servizio delle infrastrutture”*, tra cui senza dubbio rientrano *in primis* le stazioni ferroviarie.

Pertanto, dall’art. 5 del decreto legislativo n. 158 del 1995 e dall’art. 3, lettera c), del d.P.R. n. 277 del 1998 emerge che la disciplina sui settori esclusi si applica per l’attività di gestione delle stazioni ferroviarie, che – contrariamente a quanto dedotto dall’appellante incidentale – non sono *“totalmente estranee alla infrastruttura ferroviaria”*, ma ne sono parte integrante.

10. L’applicabilità del decreto legislativo n. 158 del 1995 comporta l’esame della questione, sollevata dall’ordinanza di rimessione, della qualificazione della s.p.a. Grandi Stazioni come *“impresa pubblica”*.

11. Ad avviso della Adunanza Plenaria, la s.p.a. Grandi Stazioni va effettivamente qualificata come “impresa pubblica”, tenuta a indire le gare comunitarie per la scelta del contraente che svolge il servizio di pulizia nelle stazioni ferroviarie.

11.1. Per l’art. 2 del decreto legislativo n. 158 del 1995:

- l’impresa è “pubblica” (ed è tenuta al rispetto della normativa di settore) quando è sottoposta alla influenza dominante di una pubblica amministrazione o di un organismo di diritto pubblico;

- si presume l’influenza dominante, quando il soggetto influente detiene la maggioranza del capitale sociale del soggetto influito.

Per quanto riguarda la s.p.a. Grandi Stazioni, è pacifico che essa è partecipata al sessanta per cento dalla s.p.a. Ferrovie dello Stato, sicché è presunta la sua influenza dominante.

Rileva, pertanto, la qualità della s.p.a. Ferrovie dello Stato, qualificabile come organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice, perché ha la doppia natura di “impresa pubblica” e di “soggetto privato che si svolge di diritti speciali o esclusivi”, per l’esercizio della attività ferroviaria.

Sotto tale aspetto, è sufficiente aggiungere che tale qualità della s.p.a. F.S. è stata costantemente affermata dalla giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018), contro la quale non sono state formulate osservazioni dalle parti e che comunque l’Adunanza Plenaria fa propria, poiché:

- per il decreto legge 11 luglio 1992, n. 333 (come convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359), la s.p.a. F.S. è succeduta all’Ente Ferrovie dello Stato ed ha acquisito la qualità di concessionario *ex lege* del servizio

ferroviario, costituente un servizio pubblico essenziale di interesse nazionale e riferibile allo Stato (Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. VI, 9 aprile 2001, n. 2135; Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498; Ad. Gen., 1° ottobre 1993, n. 93);

- il Ministero del tesoro (cui è succeduto il Ministero dell'economia e delle finanze) ne è titolare del capitale, con la conseguente applicabilità dell'art. 2, lettera b), del decreto legislativo n. 158 del 1995.

11.2. La s.p.a. Grandi Stazioni, con l'appello incidentale, ha negato che essa costituisca una 'impresa pubblica' della s.p.a. F.S, deducendo che:

- vi sarebbe stata una sua "effettiva privatizzazione", poiché, a seguito della procedura indetta in data 20 novembre 1998 e in attesa di dismettere ulteriori quote azionarie, la s.p.a. F.S. ha ceduto una quota di partecipazione pari al 40 %;

- in base ai relativi accordi di cessione e delle conseguenti modifiche statutarie (art. 15), il socio di minoranza può gestire la società, poiché le "delibere strategiche" di competenza dell'assemblea vanno assunte col voto favorevole del 61% del capitale sociale anche in seconda convocazione;

- le modalità delle elezioni dei componenti del consiglio di amministrazione assicura alla minoranza di esprimere quattro consiglieri su nove;

- tutte le delibere significative vanno assunte da un quorum deliberativo di almeno sei consiglieri di amministrazione, mentre i restanti poteri di gestione sono stati delegati a un amministratore delegato, scelto dal socio privato.

11.3. Ritiene al riguardo l'Adunanza Plenaria che:

- poco importa la prospettata scelta della s.p.a. F.S. di cedere una

quota ulteriore di partecipazione nella s.p.a. Grandi Stazioni, poiché rileva il fatto oggettivo che, al momento della indizione della gara, questa era partecipata al 60% dalla s.p.a. F.S.;

- non rileva il fatto che per le “delibere strategiche” lo statuto sociale preveda la maggioranza del 61% del capitale sociale anche in seconda convocazione, poiché l’oggetto del giudizio non riguarda una ‘delibera strategica’, bensì la legittimità degli atti per la scelta del contraente tenuto a svolgere l’attività di pulizia nelle grandi stazioni ferroviarie, che rientra nell’ambito della normale amministrazione;

- neppure rilevano le norme statutarie sulle modalità delle elezioni dei consiglieri di amministrazione e sul quorum deliberativo, sia perché attinenti ad aspetti non presi in considerazione dalla normativa di settore, sia perché costituisce elemento decisivo la quota di partecipazione della s.p.a. F.S.

12. Come ha correttamente rilevato l’ordinanza di rimessione, la s.p.a. Grandi Stazioni era tenuta a indire la gara *de qua*, anche in considerazione del titolo che le ha consentito di gestire le grandi stazioni.

Poiché i servizi disciplinati dal decreto legislativo n. 158 del 1995 devono comunque essere svolti da soggetti selezionati tramite la gara, va richiamato il principio generale per il quale l’obbligo di indire la gara – relativa ad un appalto comunitario – continua a sussistere anche quando il soggetto che vi è tenuto non svolge direttamente le relative attività organizzative e di gestione, ma – sulla base di un contratto o di un titolo equivalente – ne affida lo svolgimento ad un altro soggetto (Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2001, n. 5007; Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577; Sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1221/91; Sez. II, 11 dicembre 1991, n. 1208/91; Sez. II, 19 giugno 1991, n. 570/91).

Nella specie, risulta dalla documentazione acquisita che – in assenza di una gara e con un contratto di data 14 aprile 2000 - la s.p.a. F.S. (cui nel frattempo è succeduta la s.p.a. R.F.I.) ha affidato per 40 anni alla s.p.a. Grandi Stazioni la gestione esclusiva delle grandi stazioni ferroviarie.

Tale contratto non risulta in contrasto con l'art. 8, comma 3, del decreto legislativo n. 158 del 1995, poiché ha comportato *ipso iure* la traslazione sulla s.p.a. Grandi Stazioni dell'obbligo-dovere di indire la gara, negli stessi termini in cui vi avrebbe dovuto provvedere la s.p.a. Ferrovie dello Stato, se non avesse concluso il contratto di data 14 aprile 2000.

13. Quanto precede comporta che:

- la s.p.a. Grandi Stazioni era tenuta a bandire la gara *de qua* per la scelta del contraente, sia quale “impresa pubblica” [ex art. 2, comma 1, lettera b) del decreto legislativo n. 158 del 1995], sia quale soggetto cui è stato traslato il relativo obbligo (in conseguenza dell'applicazione dell'art. 8, comma 3, del medesimo decreto legislativo);

- è applicabile l'art. 6, comma 1, della legge n. 205 del 2005, con la conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva;

- va respinto l'appello incidentale (sicché diventano irrilevanti le ulteriori questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, sulla qualificabilità della s.p.a. Grandi Stazioni come organismo di diritto pubblico, nonché quelle sulla applicabilità di altre norme della legge n. 205 del 2000 sul servizio pubblico).

14. Si può pertanto passare all'esame dell'appello principale, con cui la s.p.a. Mazzoni Ambiente ha riproposto le originarie censure, formulate avverso l'atto di esclusione e gli atti successivi.

15. Per l'esame delle censure, va premesso che, tra i requisiti di

partecipazione, il bando ha prescritto la produzione di una dichiarazione, poi soggetta al riscontro, “attestante l’esecuzione nel triennio 1998-2000 di almeno un contratto di pulizia analoga di importo non inferiore a euro 19.800.000, ovvero almeno due contratti di importo complessivo non inferiore a euro 24.750.000 ovvero almeno tre contratti di importo complessivo non inferiore a euro 29.700.000 dell’importo posto a base di gara, sempre di servizi di tipologia analoga”.

La stessa clausola del bando ha aggiunto che:

- “nell’ambito di tali contratti, il concorrente dovrà avere espletato servizi di pulizia di tipologia analoga presso un unico complesso immobiliare di estensione pari ad almeno 50.000 mq”;

- “per servizi di tipologia analoga, di cui al presente punto, si intendono servizi di pulizia resi in complessi immobiliari non residenziali e/o strutture caratterizzati dalla necessità di intervento in costanza di attività e di presenza di elevati flussi di pubblico, quali infrastrutture di trasporto (aeroporti, metropolitane, ferrovie, porti), centri commerciali, università, ospedali/case di cura, grandi complessi direzionali”.

Con la nota n. 2676 dell’8 febbraio 2002 (seguita dalla nota di chiarimento n. 6186 del 22 marzo 2002), la s.p.a. Grandi Stazioni ha comunicato all’appellante principale di aver rilevato l’assenza del prescritto requisito di partecipazione alla gara, poiché – per la determinazione delle superfici oggetto dei servizi di pulizia svolti presso la stazione di Torino Porta Nuova, in base al contratto cd TO/3 – non possono essere computate le attività di pulizia del materiale rotabile (con la conseguente mancanza del requisito della pulizia per almeno 50.000 mq).

16. L’appellante principale – nel riproporre l’originario secondo

motivo aggiunto – ha dedotto che:

- per verificare la sussistenza del sopra riportato requisito di partecipazione, la s.p.a. Grandi Stazioni avrebbe dovuto tenere conto anche dei servizi di pulizia espletati dai concorrenti sul materiale rotabile, cioè della pulizia dei treni;

- così computandosi anche la superficie dei treni, essa risulterebbe in possesso del requisito, poiché – per la stazione ferroviaria di Torino Porta Nuova – ha svolto un appalto di servizi di tipologia così analoga a quella oggetto del contratto, per una superficie superiore a 50.000 mq e per un importo superiore a 19.800.000 euro;

- la clausola del bando – riferita ai servizi di pulizia “presso” e non “su” complessi immobiliari - sarebbe quanto meno ambigua (e pertanto la s.p.a. Grandi Stazioni l'avrebbe dovuta interpretare in senso estensivo).

Ritiene l'Adunanza Plenaria che tali censure vadano disattese.

In ragione dell'oggetto dell'appalto, consistente nella pulizia delle superfici immobiliari delle stazioni ferroviarie, la sopra riportata clausola del bando ha prescritto – tra i requisiti di partecipazione – il precedente svolgimento di un servizio di pulizia di complessi immobiliari.

Ciò emerge dalle univoche espressioni adoperate nella clausola, che si è riferita:

a) al “complesso immobiliare di estensione pari ad almeno 50.000 mq”, costituita da superfici di immobili (con evidente esclusione delle superfici dei treni, comunque non assimilabili agli immobili e aventi superfici ‘interne’ ed ‘esterne’, tali da non potere essere calcolate in metri quadrati).

b) al contratto di “pulizia analoga” o “di tipologia analoga”, cioè alla pulizia di complessi immobiliari “caratterizzati dalla necessità di intervento

in costanza di attività e di presenza di elevati flussi di pubblico” (di per sé riferibili alle stazioni, ai porti, agli aeroporti, ai centri commerciali, agli ospedali, ma non anche ai treni, che – per ragioni organizzative e di igiene – vanno puliti quando non vi sono gli utenti);.

Contrariamente a quanto ha dedotto l'appellante principale, non risulta irragionevole la scelta di attribuire rilevanza alla pulizia delle stazioni e non anche a quella dei treni.

Tale distinzione è stata disposta nel bando (in coerenza col suo oggetto, riguardante la pulizia di complessi immobiliari e non del materiale rotabile) e trova giustificazione nella diversità:

- della natura stessa del servizio di pulizia (svolto sul materiale rotabile in occasione della sua presenza nella stazione);

- delle tecniche di pulizia (poiché la pulizia della superficie immobiliare si caratterizza per il contemporaneo flusso del pubblico, mentre i treni hanno particolari caratteristiche strutturali e sono puliti in assenza degli utenti);

- delle esigenze da soddisfare sotto il profilo della sicurezza e quello igienico (anche in relazione alle modalità di organizzazione, potendosi senz'altro programmare la periodica pulizia delle superfici immobiliari, a differenza di quanto avviene per la pulizia del materiale rotabile, condizionata dalle vicende della sua mobilità).

17. L'appellante principale ha altresì dedotto che la clausola del bando sarebbe “di impossibile applicazione pratica” (in quanto la pulizia di superfici immobiliari per 50.000 mq – in base all'attuale contratto nazionale di pulizia delle stazioni – porterebbe ad un fatturato massimo di 5.000.000 euro e non consentirebbe mai un fatturato minimo triennale di 19.800.000

euro).

Anche tale censura va disattesa.

In primo luogo, le deduzioni riferite al contenuto del contratto nazionale di pulizia delle stazioni risultano apodittiche e non supportate da un principio di prova.

In secondo luogo, il bando non ha correlato il fatturato di 19.800.000 euro a una superficie di 50.000 mq, bensì ad una superficie “non inferiore” a 50.000 mq, sicché il requisito in questione è concretamente realizzabile, anche a voler dare acquisiti i dati numerici prospettati.

18. L'appellante principale – nel censurare il mancato esame in primo grado delle ulteriori censure - ha contestato sotto altri profili la legittimità dell'atto che l'ha esclusa dalla gara, poiché:

- anche non computando la superficie dei treni (di mq 40.535) e la superficie di marciapiedi (di mq 28.586), essa potrebbe vantare il precedente servizio di pulizia – presso la stazione di Torino Porta Nuova - di una superficie immobiliare di mq 53.329;

- presso la medesima stazione ha svolto il servizio di pulizia per mq 22.682,73 negli uffici e per mq 28.243 per i binari, per un totale di mq 50.925,73.

Così riassunte le censure (che ripropongono il secondo motivo aggiunto, non esaminato in primo grado), esse risultano infondate e vanno respinte.

Quanto al primo profilo, esso:

- si fonda sulla sommatoria delle superfici - indicate nella certificazione del 30 novembre 2001 – riguardanti i binari (mq 24.164), i marciapiedi (mq 28.586), gli uffici, i servizi e gli spogliatoi (mq 1.194) e

l'officina (mq 8.749);

- si basa, dunque, sul dedotto rilievo della pulizia di mq 28.596 riguardanti i marciapiedi.

Al riguardo, l'operato della commissione risulta corretto, poiché tale pulizia è avvenuta in base al contratto denominato "per lo svolgimento dei servizi di pulizia nell'ambito delle principali stazioni della rete" e non a quello cd TO/3, riguardante "lo svolgimento dei servizi di pulizia dei treni, degli impianti e degli uffici di carattere compartimentale-direzione Torino" [v. i contratti indicati alle lettere b) e c) a p. 4 del verbale della commissione n. 6 del 2 gennaio 2002, nonché le schede nn. 22 e 25 allegate al contratto cd TO/3, prodotte alla commissione dalla stessa s.p.a. Mazzoni Ambiente].

Ciò comporta che - in base alle previsioni del bando sulle certificazioni di due precedenti contratti - il fatturato doveva essere pari almeno a euro 24.750.000, che l'appellante principale non ha dimostrato di avere raggiunto con i due diversi contratti.

Quanto al secondo profilo, neppure risulta illegittima la valutazione della commissione di computare in mq 19.222 la superficie degli uffici (e non in mq 22.683,73), poiché:

- nella stessa certificazione di data 30 novembre 2001 essa è stata quantificata in mq 19.222 (non superata dalla certificazione del 9 gennaio 2002, che a p. 2 non ha indicato una superficie maggiore);

- risulta ragionevole la determinazione con cui la commissione - col verbale n. 7 - ha ritenuto di attenersi alla medesima certificazione del 30 novembre 2001, in quanto coerente con le previsioni delle schede 22 e 25 allegato al contratto cd TO/3, senza considerare la maggiore superficie (pari a mq 22.683,73) computata successivamente, al diverso fine di redazione del

bando di gara *de qua*;

- contrariamente a quanto dedotto a p. 18 dell'atto contenente i motivi aggiunti di primo grado, la commissione ha doverosamente tenuto conto della quantificazione della superficie formalmente indicata nella certificazione del 30 novembre 2001 e – sia pure in modo presuntivo - in allegato al contratto TO/3, non dovendo essa effettuare ulteriori riscontri o accertamenti in ordine alla superficie effettivamente oggetto del servizio di pulizia (o computata per la corresponsione dei relativi compensi).

19. A pp. 31 ss. del suo gravame, l'appellante principale ha dedotto l'illegittimità dell'atto di annullamento della aggiudicazione provvisoria, e della conseguente aggiudicazione alla controinteressata, per eccesso di potere.

Secondo l'assunto, la nota n. 2676 dell'8 febbraio 2002, di annullamento della aggiudicazione provvisoria, sarebbe carente di motivazione, mentre la successiva nota n. 6186 del 22 marzo 2002 conterrebbe una inammissibile motivazione postuma.

Tali censure vanno disattese.

In primo luogo, con la nota n. 2676 dell'8 febbraio 2002, la s.p.a. Grandi Stazioni ha dato seguito alle precedenti note n. 22675 del 26 novembre 2001 e n. 72 del 3 gennaio 2002, con cui aveva invitato l'appellante principale a documentare il possesso del requisito di partecipazione, riguardante l'avvenuto svolgimento del servizio di pulizia per una superficie pari ad almeno mq 50.000.

Pertanto, la nota dell'8 febbraio 2002, nel dare seguito negativo alla lettera trasmessa all'appellante principale in data 14 gennaio 2002, si è limitata a ritenere insoddisfacenti i chiarimenti forniti, con ciò rimarcando

l'insussistenza del requisito, oggetto delle precedenti note interlocutorie.

In secondo luogo, con la successiva nota n. 6186 del 22 marzo 2002 la s.p.a. Grandi Stazioni – conformandosi a quanto aveva rilevato la commissione col verbale n. 7 del 14 gennaio 2002 - ha diffusamente esplicitato la sussistenza della ragione ostativa alla aggiudicazione definitiva in favore dell'appellante principale, che ha così potuto impugnare gli atti in sede giurisdizionale, anche articolando motivi aggiunti a tutela della propria pretesa.

20. A pp. 35 ss. del gravame, l'appellante principale ha dedotto che – poiché essa ha reso una dichiarazione sostitutiva in data 9 novembre 2002 - la s.p.a. Grandi Stazioni avrebbe dovuto acquisire d'ufficio la documentazione relativa al fatturato per i servizi analoghi.

La censura risulta inammissibile, poiché l'incontestata ulteriore produzione della documentazione non le ha in concreto arrecato conseguenze lesive.

Essa è altresì infondata, per le seguenti ragioni:

- a p. 15, il bando di gara ha previsto che – prima di procedere all'aggiudicazione definitiva – la s.p.a. Grandi Stazioni avrebbe effettuato “la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente”, e cioè che vi sarebbe stata la fase dell'accertamento dell'effettiva sussistenza degli elementi in precedenza forniti (sulla base dei correlativi poteri istruttori della commissione);

- l'originario contratto – riguardante la documentazione in questione - è stato concluso dalla s.r.c.l. Centro Nord Ovest (di cui è consorziata l'appellante principale) con la s.p.a. F.S., cioè un soggetto distinto alla s.p.a. Grandi Stazioni (la quale, anche a seguito della sua istituzione, non è

succeduta nel medesimo contratto, cui risulta subentrata la s.p.a. Trenitalia in ragione della prevista pulizia del materiale rotabile);

- la società, nella dichiarazione sostitutiva, non ha reso la formale dichiarazione prevista dal comma 2, dell'art. 18 della legge n. 241 del 1990, per il caso in cui alcuni fatti “sono attestati in documenti già in possesso della stessa amministrazione precedente o di altra pubblica amministrazione”.

Inoltre, l'appellante principale ha riproposto l'originario terzo motivo, lamentando la contraddittorietà del comportamento della s.p.a. Grandi Stazioni, che dapprima – in sede di ammissione alla gara - avrebbe ritenuto sussistenti i requisiti di partecipazione e poi avrebbe incongruamente cambiato avviso.

La censura va respinta, poiché la s.p.a. Grandi Stazioni:

- ha seguito il procedimento previsto dal bando, la cui p. 6 – per l'ammissione alla gara - ha richiesto la presentazione di ‘dichiarazioni’, mentre la successiva p. 15 ha previsto che “la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente” sarebbe stata effettuata prima della aggiudicazione definitiva;

- in sede di verifica del possesso dei requisiti, per la prima volta ha esaminato la documentazione esibita dalla aggiudicataria provvisoria, rilevando la carenza del requisito di partecipazione.

21. A pp. 37 ss. del gravame, l'appellante principale – nel censurare il mancato esame in primo grado del corrispondente terzo motivo aggiunto - ha lamentato una disparità di trattamento con gli altri concorrenti e, in particolare, con l'aggiudicataria.

Secondo l'assunto, “in base alle notorie potenzialità delle imprese operanti nel settore delle pulizie e alle ordinarie consistenze delle commesse,

è da escludersi che gli altri concorrenti alla gara, ivi inclusi i componenti del'ATI Manutencoop, aggiudicataria, siano in possesso dei requisiti di cui al punto 11A lett. b) del disciplinate di gara”.

Tale doglianza è inammissibile per genericità, poiché non ha dedotto la sussistenza di un vizio specifico.

Nel processo amministrativo, infatti, il ricorrente deve specificare le relative censure: le doglianze generiche (o meramente ipotizzanti la sussistenza di tipologie astratte di vizi) non possono condurre ad accertamenti istruttori, che vanno disposti solo per valutare la fondatezza delle specifiche censure proposte.

Va conseguentemente respinta l'istanza volta ad acquisire la documentazione concernente l'aggiudicataria (mentre in relazione agli altri partecipanti alla gara l'istanza risulta anche priva di interesse).

22. A p. 38 del gravame, è dedotta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per invalidità derivata dagli atti di esclusione dell'appellante principale dalla gara.

L'infondatezza delle precedenti censure comporta il rigetto di tale doglianza.

23. A pp. 38 ss. del gravame, l'appellante principale ha riproposto la domanda, già formulata in primo grado, volta ad ottenere il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

La domanda va respinta, poiché il rigetto dei motivi proposti avverso gli atti impugnati comporta l'infondatezza della domanda al risarcimento del danno cagionato con l'esercizio del potere pubblico.

24. Per le ragioni che precedono, l'appello incidentale e l'appello principale vanno respinti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale:

- respinge l'appello incidentale;
- respinge l'appello principale;
- compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 24 maggio 2004, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

Alberto	de Roberto	Presidente del Consiglio di Stato;
Mario Egidio	Schinaia	Presidente di Sezione
Paolo	Salvatore	Presidente di Sezione
Raffaele	Iannotta	Presidente di Sezione
Raffaele	Carboni	Consigliere
Costantino	Salvatore	Consigliere
Filippo	Patroni Griffi	Consigliere
Giuseppe	Farina	Consigliere
Corrado	Allegretta	Consigliere
Luigi	Maruotti	Consigliere estensore
Carmine	Volpe	Consigliere
Giuseppe	Romeo	Consigliere
Dedi	Rulli	Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario