

N. 03742/2014 REG.PROV.COLL.

N. 09219/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9219 del 2013, proposto da:

S.A.T.A. - Società Abruzzese Trasporti Automobilistici s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'avv. Dimitri Goggiamani, con domicilio eletto presso Dimitri Goggiamani in Roma, via Trionfale, 7032;

contro

Comune di Castelnuovo di Porto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Di Pietro, con domicilio eletto presso Giuseppe Di Pietro in Roma, via Crescenzo, 19;

nei confronti di

Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina s.a.s., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Ceci e Ceci, con domicilio eletto presso Anna Maria Venchi in Roma, v.le G. Mazzini, 142;

per ottenere

- l'annullamento dei provvedimenti riguardanti l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico ed assistenza alunni per gli anni scolastici 2013/2017;

- il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelnuovo di Porto e di Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina s.a.s.;

Visto il ricorso incidentale presentato da Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2014 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando CIG 5183428C17 e con avviso spedito alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il Comune di Castelnuovo di Porto ha indetto gara pubblica a procedura aperta per l'affidamento del servizio scolastico di trasporto e assistenza alunni per gli anni scolastici dal 2013/2014 al 2016/2017. Alla procedura di gara hanno preso parte la S.A.T.A. - Società Abruzzese Trasporti Automobilistici s.r.l. (di seguito S.A.T.A.) e la Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina s.a.s. (di seguito T.F.C.).

La gara è stata conclusa da aggiudicazione definitiva a T.F.C., con provvedimenti che l'avversaria S.A.T.A. contesta con il presente ricorso innanzi a questo Tribunale.

Parte ricorrente ha esposto i motivi qui riportati in sintesi.

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara in tema di deposito della domanda all'ufficio di protocollo. Eccesso di potere per sviamento.

Con il suddetto motivo è contestata la legittimità dell'accettazione della domanda di T.F.C. di ammissione alla gara, in quanto ricevuta dall'ufficio protocollo del Comune di Castelnuovo di Porto al di fuori dell'orario indicato nel disciplinare.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9, 10 e allegato 1 del disciplinare di gara in tema di vetustà e capienza dei veicoli da adibire al servizio. Violazione e falsa applicazione dei principi generali di dichiarazioni contrastanti circa il possesso dei requisiti. Eccesso di potere per sviamento ed erroneità della motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Illegittimità derivata.

In relazione alle caratteristiche degli automezzi per il trasporto degli alunni T.F.C. ha presentato tre dichiarazioni contraddittorie e incomplete.

In una prima dichiarazione, redatta su modello conforme al modulo standard indicato dal disciplinare, ha descritto otto automezzi in suo possesso, esibendo le relative carte di circolazione, di cui uno attrezzato per il trasporto di alunni disabili "con capienza non inferiore a trentadue posti", laddove il disciplinare richiede la capienza non inferiore a quarantasette posti.

In una seconda dichiarazione, su modello diverso dal modulo standard del disciplinare, ha indicato la disponibilità di sette automezzi, di cui uno attrezzato per i disabili con capienza non inferiore a quarantasette posti. A questa dichiarazione non sono state allegare le copie delle carte di circolazione dei veicoli.

In una terza dichiarazione, inserita nella busta dell'offerta qualitativa, ha indicato un automezzo attrezzato per il trasporto di disabili di capienza non inferiore a quarantasette posti, ma con caratteristiche diverse da quelle in precedenza dichiarate.

Anziché disporre l'esclusione di T.F.C., in considerazione della contraddittorietà di quanto da essa dichiarato sul possesso degli automezzi, la commissione di gara ha chiesto alla ditta di fornire chiarimenti. Questa ha presentato un documento, accettato dalla commissione di gara quale valido chiarimento sull'offerta di automezzi, indicandolo come contratto di acquisto dello scuolabus attrezzato per disabili, laddove trattasi invece di lettera d'ordine di data non certa.

Inoltre gli automezzi di cui T.F.C. dispone non sono utilizzabili per il servizio di trasporto scolastico nel territorio comunale di Castelnuovo di Porto, giacché immatricolati per il servizio pubblico di linea a Roma.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara in tema di contenuto dell'offerta qualitativa e delle caratteristiche dei mezzi. Violazione e falsa applicazione dei principi generali in termine di gara. Eccesso di potere per sviamento, per erroneità e/o insufficienza delle motivazioni. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Illegittimità derivata.

In sede di offerta qualitativa T.F.C. ha prodotto le carte di circolazione di tutti gli automezzi da essa dichiarati in possesso, tranne del veicolo attrezzato per il trasporto degli alunni disabili. Pertanto la sua offerta era incompleta o non valutabile e il punteggio assegnatole è perciò illegittimo.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 4 e 14 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 3 del disciplinare di gara in tema di sorveglianza degli alunni della scuola dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado. Eccesso di potere per sviamento e per erroneità e/o insufficienza della motivazione. Illegittimità derivata.

La commissione di gara avrebbe dovuto escludere T.F.C. per non aver dichiarato di assumere a proprio carico gli oneri relativi agli accompagnatori, come previsto dalle regole dell'appalto, laddove invece ha chiesto chiarimenti sul punto alla ditta (che li ha forniti).

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 10 del disciplinare di gara, che esclude dai costi della sicurezza solo quelli derivanti da rischi professionali di natura interferenziale in quanto pari a zero. Violazione e falsa applicazione dell'art. 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 1, comma 909, della legge n. 296/2006, sull'obbligo di indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza a tutte le tipologie di appalto.

La commissione di gara avrebbe dovuto escludere T.F.C., ai sensi dell'art. 10 del disciplinare, perché non ha indicato nell'offerta economica gli oneri di sicurezza ai sensi dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006).

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 in tema di dislocazione del deposito dei mezzi e del possesso di officina mobile. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illegittimità derivata.

La commissione di gara ha attribuito punteggio all'offerta qualitativa di T.F.C. in relazione al possesso del deposito per gli automezzi e di un'officina mobile - autocarro attrezzato al soccorso stradale di veicoli in panne – sebbene la ditta, pur dichiarandolo, non ne dia prova.

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 13 del disciplinare di gara in tema di controllo dei requisiti dichiarati. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara con riferimento al punto 4 “requisito di partecipazione” di cui all'art. 1 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per erroneità del presupposto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La commissione di gara ha chiesto all'aggiudicataria di fornire la prova della rispondenza del fatturato del triennio precedente ai requisiti minimi previsti dall'art. 8 del disciplinare, domandando la sola produzione dei bilanci di esercizio ma non delle dichiarazioni annuali per l'I.V.A. Inoltre le copie dei bilanci dichiarate conformi dalla socia accomodataria non consentono di stabilire se gli elaborati siano stati formati secondo la direttiva europea e se siano stati depositati in tribunale.

*

Il Comune di Castelnuovo di Porto e l'aggiudicataria T.F.C. si sono costituiti in giudizio e hanno presentato memorie difensive.

T.F.C. eccepisce l'inammissibilità della censura con la quale è contestata l'illegittimità della sua ammissione in gara sebbene l'offerta economica non indicasse specificamente il costo degli oneri della sicurezza.

Inoltre l'aggiudicataria presenta ricorso incidentale per contestare l'ammissione dell'offerta di S.A.T.A. e i criteri con i quali essa è stata valutata dalla commissione di gara. Il ricorso incidentale deduce l'inadeguatezza quanto a capienza di posti degli automezzi dichiarati disponibili da S.A.T.A. e l'incompleta valutazione dell'offerta al riguardo, nonché l'ammissione del ribasso percentuale prospettato nell'offerta economica della concorrente benché, in disapplicazione dell'art. 8 della L. n. 123/2007, calcolato anche sul costo degli oneri della sicurezza.

Le parti hanno presentato memorie di replica.

La causa è passata in decisione all'udienza del 6 marzo 2014.

DIRITTO

Riguardo alla contestata ammissione in gara di T.F.C. nonostante abbia omissis di rendere specifico nell'offerta economica l'onere della sicurezza – motivo *sub 5 in factum* - il Collegio riconosce fondata l'eccezione d'inammissibilità della censura, come prospettata dalla stessa aggiudicataria.

È diffuso l'orientamento, affermato anche in pronunce di questo Tribunale, dell'immediata, precettività degli artt. 86 e 87 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163 (codice dei contratti pubblici) riguardo alla necessità di specificare il costo della sicurezza nelle offerte economiche in gare per l'appalto di lavori pubblici, servizi e forniture, anche in difetto di espressa previsione dei bandi. Ma è altresì diffuso quell'orientamento che in via eccezionale riconosce, alla stregua del principio generale di *favor participationis*, la prevalenza dell'affidamento incolpevole qualora la *lex specialis* di gara sia strutturata in modo da indurre in errore i partecipanti circa i requisiti dell'offerta (Cons.St., V. 6.8.2012 n. 4510; T.A.R. Piemonte, I, 9.1.2012 n. 5; id. 4.4.2012 n. 458; T.A.R. Umbria, I, 22.5.2013 n. 301; T.A.R. Campania, II, 21.6.2013 n. 3198). Applicando detti principi, richiamati

altresì nei pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 54 del 23.4.2013 e n. 118 del 17.7.2013, la commissione di gara ha ammesso l'offerta economica di T.F.C. sebbene non indicasse gli oneri della sicurezza aziendale a parte e in modo specifico, tenuto conto che il modello predisposto dalla stazione appaltante non comprende alcuna voce ad essi relativa.

Sebbene la scelta del facsimile per l'offerta economica allegato al disciplinare di gara è dal medesimo qualificata come preferenziale, sarebbe tuttavia contraddittorio sostenere che detta scelta possa poi ritorcersi contro i concorrenti che l'abbiano adottata facendo affidamento su di essa in quanto suggerita dalla *lex specialis*.

La modulistica predisposta dalle stazioni appaltanti assolve a molteplici fini, rendendo omogenee le offerte e semplificandone l'esame comparativo (così assolvendo a una funzione acceleratoria), nonché riducendo il rischio di errori. Quest'ultima finalità sarebbe senz'altro frustrata ove i concorrenti, attenti a non esporsi al rischio di esclusione per errori e omissioni nella redazione dell'offerta, possano essere poi penalizzati per non aver integrato l'apposito modulo predisposto dalla stessa amministrazione appaltante e perciò stesso ingenerante un obiettivo affidamento (T.R.G.A. Trento 16.12.2011 n. 317).

L'aberrante risultato di una siffatta conclusione e la totale confusione e incertezza che deriverebbe alle procedure di gara non necessitano di particolare illustrazione. Basti solo considerare che gli essenziali valori dell'affidamento e della buona fede impediscono che le conseguenze di una condotta, erronea e/o omissiva, della stazione appaltante, non immediatamente percepibile possano essere trasferite sui partecipanti sanzionandoli con l'esclusione (in termini, Cons.Stato, V, 22.5.2012 n. 2973; T.A.R. Umbria 11.7.2012 n. 274).

Con la puntuale compilazione del modulo per l'offerta economica allegato agli atti di gara e indicato dal disciplinare quale scelta preferibile T.F.C. ha pienamente rispettato gli ordinari canoni di diligenza e buona fede e non può dunque esserle imposto ai fini di ammissione alla gara l'obbligo di aggiungere dichiarazioni ulteriori rispetto a quelle che l'Amministrazione ha reputato sufficienti ed esaustive.

Ferme le premesse considerazioni di carattere generale e di merito, ad escludere l'ammissibilità della censura in esame è dirimente la circostanza che lo stesso disciplinare di gara affermi un principio di soccorso con lo stabilire che "*la commissione giudicatrice potrà, comunque, chiedere ai soggetti partecipanti alla gara di fornire ogni notizia utile a chiarire i contenuti dell'offerta e della documentazione presentata e/o di fornire idonea dimostrazione degli stessi*". La disposizione della *lex specialis* contempla una facoltà della commissione di gara indirizzata a dissipare ogni eventuale dubbio circa il contenuto delle offerte dei concorrenti ed è pertanto esercitabile anche per definire la consistenza dei costi per la sicurezza aziendale, ove non resa immediatamente conoscibile, escludendo che le offerte esaustive nel contenuto non possano essere ammesse per omissioni puramente formali. Detta disposizione, qualora la si fosse voluta ritenere in contrasto con la normativa primaria, avrebbe dovuto essere contestata a mezzo impugnazione del disciplinare *in parte qua*. Poiché la *lex specialis* non è stata contestata in giudizio sul punto, occorre riconoscerne la valenza a giustificare le offerte complete ancorché non pienamente rispondenti alle prescrizioni di forma del codice dei contratti pubblici; e quindi è inammissibile la censura di S.A.T.A. che deduce l'omessa esclusione di T.F.C. in quanto l'offerta economica di quest'ultima non specifica, pur comprendendoli, gli oneri della sicurezza, come prescritto dall'art. 87, comma 4, e successive modificazioni del D.Lgs. n. 163/2006.

Le residue censure del ricorso principale sono infondate nel merito.

Per quanto concerne il motivo *sub 1 in factum*, occorre precisare quanto di seguito.

Il disciplinare di gara, in relazione alle modalità di consegna, a cura delle imprese aspiranti a partecipare alla gara, dei plichi contenenti la documentazione utile consentiva la possibilità di consegna diretta all'ufficio protocollo del Comune “entro le ore 12 dell'8.8.2013....nelle ore di apertura al pubblico (lunedì, martedì, mercoledì e venerdì dalle ore 9.00 alle ore 11.00 il giovedì dalle ore 15,30 alle ore 17,30)”.

La circostanza che l'ultimo giorno utile, l'8.8.2013, cadesse di giovedì avrebbe reso impossibile rispettare il termine e l'orario finali e, quindi, avrebbe determinato l'inapplicabilità per contrasto tra disposizioni del disciplinare sul punto, qualora l'Amministrazione non avesse operato la scelta di interpretare la suddetta clausola quale comprendente la previsione intrinseca dell'obbligo del Comune di tenere aperto l'ufficio protocollo fino alle ore 12,00 dell'8.8.2013, al fine di consentire alle aspiranti concorrenti l'esercizio della facoltà, prevista dalla *lex specialis*, di presentare a mano le domande di partecipazione alla gara entro quel giorno e fino a quell'orario, come ammesso dalla *lex specialis*. Quest'interpretazione è conforme alla logica della disciplina di gara, come definita, e ai principi di conservazione degli atti e di economia dei mezzi giuridici, che rendono pleonastiche modifiche e integrazioni di provvedimenti con disposizioni che siano comunque dal loro significato sostanzialmente enucleabili. Perciò deve ritenersi non contrastante con le regole di gara la presentazione da parte di T.F.C. presso l'ufficio di protocollo del Comune di Castelnuovo di Porto della domanda di partecipazione e della documentazione ad essa allegata, avvenuta alle ore 11,57 dell'8.8.2013, ovverossia entro il termine utile indicato dal disciplinare.

Con il secondo e il terzo motivo S.A.T.A. contesta la valutazione dell'offerta qualitativa di T.F.C. quanto agli automezzi da essa dichiarati disponibili, ritenendo le dichiarazioni rese in proposito dall'aggiudicataria contraddittorie e non sufficientemente documentate.

Sul punto la richiesta di chiarimenti da parte della commissione di gara, consentita dal disciplinare e dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, ha permesso alla T.F.C. di porre in evidenza la disponibilità di tutti gli autoveicoli indicati nelle diverse dichiarazioni, i quali presentano caratteristiche adeguate a garantirne in misura sufficiente la rispondenza ai requisiti richiesti per il servizio in affidamento. Come riportato nel chiarimento generale n. 1 della stazione appaltante, il vincolo di indicare targa e carta di circolazione non può, per ragioni evidenti, valere con riguardo agli automezzi di nuova fabbricazione e non ancora in uso. Il possesso di questi ultimi, dunque, può essere diversamente provato, anche con la produzione di ordini di acquisto (i quali possono essere esibiti anche dopo l'apertura delle buste delle offerte, giacché non sono tra i documenti probatori richiesti a pena di esclusione dalla gara). Inoltre la circostanza che alcuni automezzi sono immatricolati a Roma non ne esclude l'utilizzo per l'appalto in fattispecie.

Con il quarto motivo S.A.T.A. deduce che l'aggiudicataria T.F.C. non ha indicato nell'offerta economica il costo degli accompagnatori degli alunni. La ragione è esposta dalla stessa T.F.C. nel chiarimento all'uopo fornito su richiesta della commissione di gara: gli oneri per l'assistenza sugli scuolabus sono a completo ed esclusivo carico dell'impresa.

In ordine al sesto motivo, l'omessa prova della disponibilità di un deposito per gli autoveicoli e del possesso di un'officina mobile dichiarati da T.F.C., occorre tener presente che in proposito il disciplinare di gara richiede soltanto una dichiarazione autocertificativa, rilasciata dall'aggiudicataria.

Infine il fatturato minimo per il triennio precedente, come richiesto dal disciplinare, appare sufficientemente documentato dai bilanci prodotti da T.F.C., per i quali, essendo relativi a una società in accomandita semplice, non correva l'onere del deposito in tribunale.

*

Considerato quanto esposto e constatata l'infondatezza dei motivi del ricorso, e l'inammissibilità delle deduzioni in ordine alla censura di violazione dell'art. 87 del D.Lgs. n. 163/2006, il ricorso di S.A.T.A. deve essere respinto. Di conseguenza il ricorso incidentale presentato da T.F.C. va dichiarato improcedibile.

L'onere delle spese processuali è imputato a S.A.T.A., ricorrente in via principale, ed è liquidato come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale in epigrafe.

Condanna la società ricorrente in via principale alle spese del presente giudizio, liquidandole nella somma complessiva di euro 4.000,00 (quattromila/00), definita nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2014

IL SEGRETARIO

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