

Publicato il 16/10/2017

N. 00316/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00128/2017 REG.RIC.  
N. 00130/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

**sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 128 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

TEP S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Carlo Masi, Elena Pontiroli, Aristide Police e Filippo Degni, con domicilio eletto presso il primo, in Parma, via Mistrali n. 4;

*contro*

SMTP - Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Massimo Rutigliano presso il quale elegge domicilio, in Parma, borgo S. Brigida n. 1;

*nei confronti di*

Busitalia - Sita Nord S.r.l. e Rti con Autoguidovie S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli Avvocati Alberto Bianchi, Giovanni Pravisani e Paolo Michiara, con

domicilio eletto presso il terzo, in Parma, borgo Antini n. 3;  
Autoguidovie S.p.A., TPER S.p.A. e Rti con Seta S.p.A. non  
costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2017, proposto da:

TPER S.p.A e Rti con Seta S.p.A., in persona dei legali  
rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli Avvocati  
Giuseppe Caia e Pietro Acri, con domicilio eletto ex art. 25 c.p.a.  
presso la Segreteria del Tar, in Parma, piazzale Santafiora n. 7;

*contro*

SMTP - Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico S.p.A., in  
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa  
dall'Avvocato Massimo Rutigliano presso il quale elegge domicilio, in  
Parma, borgo S. Brigida n. 1;

*nei confronti di*

TEP S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli Avvocati Carlo Masi, Elena Pontiroli,  
Aristide Police e Filippo Degni, con domicilio eletto presso il primo,  
in Parma, via Mistrali n. 4

Busitalia - Sita Nord S.r.l. e Rti con Autoguidovie S.p.A., in persona  
dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli  
Avvocati Alberto Bianchi, Giovanni Pravisani e Paolo Michiara, con  
domicilio eletto presso il terzo, in Parma, borgo Antini n. 3;

*quanto al ricorso n. 128 del 2017:*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo integrato da motivi  
aggiunti:

per l'annullamento

- della determinazione dell'Amministratore Unico di SMTP n. 175 del 28.4.2017 avente ad oggetto “*Gara per l'affidamento dei servizi di TPL nel bacino provinciale di Parma (Ambito Taro) - CIG n. 6526567577 - aggiudicazione definitiva*” (doc. 1);
- della determina dirigenziale prot. n. 397 del 28.4.2017 del RUP recante “*Gara per l'affidamento dei servizi di TPL nel bacino provinciale di Parma (Ambito Taro) - CIG n. 6526567577 - aggiudicazione definitiva*” (doc. 2);
- della determina dirigenziale prot. n. 116 del 16.2.2017 recante l'aggiudicazione provvisoria (doc. 3);
- di tutti gli atti presupposti e comunque connessi e, in particolare, i verbali della Stazione Appaltante, dei verbali della Commissione Giudicatrice (e, ove occorra, la consulenza tecnica da quest'ultima acquisita ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta), nonché di tutti gli atti endoprocedimentali del RUP;
- della determina dirigenziale prot. 559 dell'8.07.2016 (doc. 4) recante la nomina della Commissione Giudicatrice della Gara e la determina dirigenziale prot. 934 del 30.11.2016 (doc. 5) con la quale la medesima Commissione è stata incaricata anche della verifica dell'anomalia;
- del verbale di esame delle richieste di invito prot. 132 del 16.02.2016, col quale è stata ammessa alla gara l'ATI tra Autoguidovie S.p.A. e Busitalia Sita Nord S.r.l. e della successiva determinazione di approvazione dell'amministratore unico n. 143 del 25.2.2016 (doc. 6);
- del bando di gara pubblicato sul supplemento alla gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 26.12.2015 e sulla GURI n. 152 del

28.12.2015 (doc. 7), nonché della lettera di invito (doc. 8) e dei suoi allegati, ivi compreso il capitolato di gara (doc. 9) e i relativi allegati; e, conseguentemente

per l'aggiudicazione dell'affidamento in favore della ricorrente o, in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da BUSITALIA - SITANORD S.R.L.:

per l'annullamento:

- di tutti gli atti ed i verbali della Commissione Giudicatrice e del Responsabile del Procedimento relativi alla procedura avente ad oggetto l'affidamento del servizio di TPL per la durata di nove anni nel bacino provinciale di Parma - Ambito Taro (CIG 6526567577), ivi inclusi i verbali n. 6 del 12/09/2016, n. 7 del 13/09/2016, n. 8 del 28/09/2016, n. 9 del 20/10/2016, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara di TEP S.p.A. ed hanno viceversa ammesso e valutato l'offerta di quest'ultima ovvero, in subordine, nella parte in cui hanno assegnato punteggi e valutazioni dell'offerta tecnica ed economica di TEP S.p.A. nonostante essa meritasse l'esclusione e, in subordine, punteggio sensibilmente inferiore a quello assegnatole;

- della graduatoria finale, degli atti di approvazione e comunicazione della medesima e della determina dirigenziale n. del 28/04/2017 nella parte in cui hanno confermato a favore della società TEP S.p.A. il punteggio pari ad 84,800/100 e l'hanno collocata al secondo posto della graduatoria della procedura ora citata;

- in parte qua degli atti impugnati con il ricorso principale, tra cui il verbale di esame delle richieste di invito prot. n. 132 del 16.02.2016 e

della successiva determinazione di approvazione dell'amministratore unico n. 143 del 25.02.2016, nella parte in cui ammettono alla gara TEP s.p.a./ non ne dispongono l'esclusione;

quanto al ricorso n. 130 del 2017:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

della determina dirigenziale del RUP prot. 397 del 28 aprile 2017

della Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico s.p.a. di Parma avente ad oggetto *“Gara per l'affidamento dei servizi di TPL nel bacino provinciale di Parma (Ambito Taro) - CIG n. 6526567577 - aggiudicazione definitiva”*;

della determina n. 175 del 28 aprile 2017 dell'Amministratore della Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico S.p.A. di Parma avente ad oggetto *“Gara per l'affidamento dei servizi di TPL nel bacino provinciale di Parma (Ambito Taro) - CIG n. 6526567577 - aggiudicazione definitiva”*;

nonché, per quanto occorrer possa, di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti anche non conosciuti dalla ricorrente, ed in particolare: del bando di gara pubblicato sul supplemento alla gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 26 dicembre 2015 e sulla GURI n. 152 del 28 dicembre 2015; della Lettera di Invito e dei suoi allegati, ed in particolare del Capitolato di Gara e i relativi allegati; della determina dirigenziale prot. n. 116 del 16.2.2017 recante l'aggiudicazione provvisoria; dei verbali della Commissione Giudicatrice e della Stazione appaltante;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da BUSITALIA - SITA NORD S.R.L. :

per l'annullamento

- di tutti gli atti ed i verbali della Commissione Giudicatrice e del Responsabile del Procedimento relativi alla procedura avente ad

oggetto l'affidamento del servizio di TPL per la durata di nove anni nel bacino provinciale di Parma - Ambito Taro (CIG 6526567577), ivi inclusi i verbali n. 6 del 12/09/2016, n. 7 del 13/09/2016, n. 8 del 28/09/2016, n. 9 del 20/10/2016, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara di TPER S.p.A. ed hanno viceversa ammesso e valutato l'offerta di quest'ultima ovvero, in subordine, nella parte in cui hanno assegnato punteggi e valutazioni dell'offerta tecnica ed economica di TPER S.p.A. nonostante essa meritasse l'esclusione;

- della graduatoria finale, degli atti di approvazione e comunicazione della medesima e della determina dirigenziale n. del 28/04/2017 nella parte in cui hanno confermato a favore della società TPER s.p.a. il punteggio pari ad 64,238/100 e l'hanno collocata al terzo posto della graduatoria della procedura ora citata;

- in parte qua degli atti impugnati con il ricorso principale, tra cui il verbale di esame delle richieste di invito prot. n. 132 del 16.02.2016 e della successiva determinazione di approvazione dell'amministratore unico n. 143 del 25.02.3016, nella parte in cui ammettono alla gara TPER S.p.A. o comunque non ne dispongono l'esclusione;

Visti i ricorsi (n. 128/2017 e 130/2017), i motivi aggiunti (n. 128/2017), i ricorsi incidentali (n. 128/2017 e n. 130/2017) e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SMTP Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico S.p.A. (in entrambi i giudizi) e di Busitalia - Sita Nord S.r.l. e Rti con Autoguidovie S.p.A. e di Autoguidovie S.p.A. (in entrambi i giudizi) e di TEP S.p.A. (nel giudizio n. 130/2017);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2017 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con bando del 26 dicembre 2015 la Società per la Mobilità ed il Trasporto Pubblico S.p.A. (società partecipata al 50% dal Comune di Parma e al 50% dalla Provincia di Parma, di seguito SMTP) indiceva una procedura ristretta *“per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (Tpl) terrestre del bacino della Provincia di Parma (Ambito Taro)”* da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (qualità/prezzo – 70/30) per la durata di anni 9, alla quale partecipavano, presentando un'offerta, 3 degli 8 soggetti invitati: TEP S.p.A. (di seguito TEP), l'ATI Autoguidovie S.p.A. - Busitalia Sita Nord S.r.l. (di seguito Busitalia) e l'ATI Seta S.p.A. – TPER S.p.A. (di seguito TPER).

Si anticipa, perché profilo di interesse ai fini della presente decisione, che in virtù della complessità del servizio oggetto di affidamento, per la predisposizione della documentazione di gara, SMTP si avvaleva di una consulenza esterna affidata mediante procedura negoziale alla Società Lem Replay S.r.l..

All'esito delle operazioni valutative di competenza della Commissione giudicatrice, e previo esperimento del sub procedimento di verifica dell'anomalia *ex art. 86 del D. Lgs. n.*

163/2006, con determinazione n. 175 del 28 aprile 2017 il servizio veniva aggiudicato all'ATI Busitalia che riportava, a seguito della riparametrazione dei punteggi, punti 100 classificandosi davanti a TEP con punti 84,8 e TPER con punti 64,23.

TEP, gestore uscente del servizio, con ricorso iscritto al n. 128/2017 R.R. impugnava, con richiesta di sospensione, i suddetti esiti unitamente alla *lex specialis* di gara (Bando, Lettera di invito, Capitolato e relativi allegati) deducendo:

1. l'illegittimità dei requisiti di partecipazione individuati dalla Stazione appaltante nella parte in cui, con riferimento alla capacità tecnica, veniva equiparata la pregressa gestione di un servizio filoviario a quella di un servizio tranviario (tipologia estranea all'affidamento oggetto del presente giudizio), nonché, la conseguente illegittimità dell'ammissione in gara della aggiudicataria in ragione del solo possesso della referenza contestata;
2. l'illegittimità della partecipazione dell'aggiudicataria in virtù della situazione di conflitto di interessi determinata dalla presenza nell'organico aziendale della stessa di un Dirigente già Amministratore della citata Lem Replay, precedentemente coinvolto nelle attività di approntamento della documentazione di gara;
3. l'insufficienza del parco mezzi dell'aggiudicataria, con particolare riferimento alla consistenza delle scorte;
4. la sottostima da parte dell'aggiudicataria del personale necessario per l'esecuzione del servizio e l'illegittimità della pretesa riformulazione, relativamente allo specifico profilo, dell'offerta da quest'ultima presentata ad opera della Commissione;
5. la genericità dei criteri motivazionali predisposti ai fini della valutazione tecnica delle offerte e la conseguente insufficienza del

supporto motivazionale espresso mediante attribuzione del solo coefficiente numerico;

6. l'indebita commistione di profili tecnici ed elementi di natura economica operata dalla Lettera di Invito;

7. la complessiva insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria;

8. l'illegittimità della mancata astensione di due membri della Commissione in preteso conflitto di interessi con l'aggiudicataria;

Con ricorso iscritto al n. 130/2017 R.R. la terza classificata TPER, vantando un interesse alla caducazione dell'intera procedura, impugnava la *lex specialis* e gli esiti di gara deducendo:

1. l'illegittima commistione di elementi economici nella valutazione dell'offerta tecnica;

2. l'omissione della verifica da parte della Commissione della sostenibilità e attendibilità delle proposte formulate dai candidati;

3. la genericità dei criteri motivazionali sulla base delle quali veniva valutata l'offerta tecnica e l'insufficienza del punteggio espresso in sola forma numerica.

SMTTP si costituiva nel giudizio n. 128/2017 con memoria formale depositata il 31 maggio 2017 integrando le proprie difese con memoria del 5 giugno successivo con la quale affermava l'infondatezza delle avverse doglianze.

Con memoria del 5 giugno 2017 si costituiva nel giudizio n. 128/2017 anche Busitalia eccependo svariati profili di inammissibilità e tardività delle censure di parte ricorrente, nonché, nel merito, l'infondatezza di queste ultime.

Nella camera di consiglio del 7 giugno 2017 (fissata nell'ambito del giudizio n. 128/2017) il Collegio prendeva atto della rinuncia della

ricorrente all'istanza cautelare e fissava l'odierna udienza di discussione nel merito del ricorso.

Con atto datato 8 giugno 2017 TEP, acquisita conoscenza degli atti depositati da SMTP in vista della citata camera di consiglio, proponeva motivi aggiunti integrando le doglianze già oggetto del primo motivo di ricorso, come in parte già anticipato, riferito alla posizione dell'Ing. -OMISSIS-, interessato alla predisposizione della documentazione di gara nella qualità di esponente della Lem Replay e successivamente assunto dall'aggiudicataria e indicato a SMTP quale proprio referente in relazione alla procedura oggetto del presente giudizio.

SMTP e Busitalia si costituivano nel giudizio n. 130/2017, rispettivamente, con memoria formale del 15 giugno e 12 giugno 2017, integrando le proprie difese con memorie entrambe del 19 giugno successivo.

In tale sede SMTP eccepiva in via pregiudiziale l'inammissibilità delle doglianze relative all'operato della Commissione di gara stante l'omessa indicazione da parte di TPER degli specifici profili in relazione ai quali avrebbe subito una lesione della propria posizione, nonché, l'infondatezza delle restanti censure; Busitalia eccepiva la tardività delle censure riferite alla disciplina di gara e l'infondatezza dei restanti motivi di ricorso.

Con memoria formale del 20 giugno 2017 si costituiva nel giudizio n. 130 anche TEP.

Nella camera di consiglio del 2 giugno 2017, TPER rinunciava all'istanza cautelare proposta nel giudizio n. 130/2017.

Con atti depositati il 4 luglio 2017 Busitalia proponeva ricorso incidentale tanto nel giudizio n. 128 quanto nel giudizio n. 130

eccependo l'illegittimità della mancata esclusione delle ricorrenti principali TEP e TPER in ragione di una pluralità di profili di contrarietà dei progetti da queste presentati alla disciplina di gara, nonché, l'insostenibilità delle loro offerte.

In particolare, nel ricorso n. 128/2017 deduceva:

1. la violazione da parte di TEP della c.d. "*clausola sociale*" per omessa previsione dell'assunzione delle maestranze già impiegate nella gestione del servizio;
2. l'illegittimità del *sub* affidamento di un segmento prestazionale oggetto di affidamento alla Società controllata TEP Services S.r.l.;
3. l'illegittimità del ricorso, nell'esecuzione del servizio, ai mezzi della controllata Parmabus s.c. a r.l.;
4. l'indisponibilità da parte di TEP di un parco mezzi proprio adeguato alle esigenze del servizio;
5. la non conformità del parco mezzi della ricorrente alle specifiche richieste dalla disciplina di gara;
6. l'irregolare compilazione della modulistica di gara;
7. la non corretta esposizione dei costi per la sicurezza;
8. l'insostenibilità, sotto svariati profili, dell'offerta.

Nel ricorso n. 130/2017 Busitalia deduceva:

1. l'illegittima ammissione di TPER per omessa specificazione della ripartizione delle quote di esecuzione del servizio fra mandante e mandataria;
2. il sottodimensionamento del parco mezzi aziendale rispetto alle esigenze del servizio e il mancato impegno, previsto dalla disciplina di gara, di acquistare i mezzi del gestore uscente;

3. la complessiva carenza del progetto tecnico proposto con particolare riferimento al programma di manutenzione e pulizia dei mezzi e al piano di incremento dei passeggeri;
4. l'irregolare esposizione dei costi relativi alla sicurezza;
5. l'insostenibilità complessiva dell'offerta.

Con memorie depositate in data 11 settembre 2017, che seguivano ulteriori depositi documentali, le parti rassegnavano le rispettive conclusioni in entrambi i giudizi.

Con memorie del 15 (SMTP) e 16 (TEP e Busitalia) successivi, le parti replicavano alle avverse difese nel giudizio n. 128 e con memorie del 16 (Busitalia) e 15 (TPER e SMTP) nel giudizio n. 130.

All'esito della pubblica udienza del 27 settembre 2017 la causa veniva decisa.

Con il ricorso introduttivo del giudizio n. 128/2017 (come accennato successivamente integrato con motivi aggiunti), TEP, seconda classificata, impugna gli esiti di gara formulando censure dirette tanto a conseguire l'annullamento della procedura di gara, quanto ad affermare l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, allegando ulteriormente l'insostenibilità anche sotto il profilo tecnico dell'offerta di quest'ultima.

Con ricorso n. 130/2017 TPER, terza classificata, facendo valere il proprio interesse ad una riedizione dell'intera procedura, contesta i medesimi esiti concorsuali sostenendo l'illegittimità della disciplina di gara.

Busitalia in entrambi i giudizi, nei quali si costituisce eccependo sia profili di inammissibilità che di infondatezza delle avverse impugnazioni, propone ricorso incidentale rilevando l'illegittimità dell'ammissione di entrambe le ricorrenti principali, nonché,

l'inattendibilità e insostenibilità delle offerte formulate dalle medesime imprese.

Preliminarmente il Collegio procede alla riunione dei giudizi n. 128/2017 e 130/2017 per motivi di connessione stante l'identità delle parti resistenti e della gara oggetto di entrambi i ricorsi.

La proposizione in entrambi i giudizi di una impugnazione incidentale e la natura di alcune delle censure in dette sedi formulate impone al Collegio la preventiva soluzione della questione relativa all'ordine di scrutinio delle doglianze formulate in via principale e in via incidentale.

Sul punto il Collegio rileva che alcune delle censure formulate in via incidentale da Busitalia, utilizzando la terminologia coniata dalla giurisprudenza, assumono una natura c.d. "escludente" o "paralizzante" poiché, in quanto tese a contestare la legittimità della stessa partecipazione delle concorrenti ricorrenti principali alla gara, determinerebbero, se fondate, il venir meno di ogni interesse di queste ultime, in ipotesi illegittimamente ammesse alla competizione, alla contestazione dei relativi esiti.

Ne deriva che le doglianze oggetto di ricorso incidentale dotate di tale portata "escludente" dovranno essere scrutinate con priorità rispetto alle censure oggetto delle impugnazioni principali proposte da TEP e TPER.

Lo scrutinio prioritario dei ricorsi incidentali dovrà essere, peraltro, limitato a queste sole censure poiché, come ormai pacifico dopo il nutrito dibattito giurisprudenziale che si è sviluppato sul tema, *"l'ordine di priorità nell'esame dei motivi non riguarda i ricorsi, ma la tipologia di censure proposte con gli stessi, nel senso che andrebbero progressivamente esaminate le censure, indifferentemente se proposte in via principale o incidentale,*

*affendenti alle singole fasi o sub fasi del procedimento, a partire dalla fase di ammissione alla gara dei concorrenti per finire a quella di svolgimento della vera e propria gara”* (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 giugno 2016, n. 6509).

Riconosce, tuttavia, il Collegio che la specifica questione riveste importanza relativa nel presente giudizio poiché il suesposto principio è stato ulteriormente precisato dalla giurisprudenza di secondo grado affermando che anche in caso di accertata fondatezza del ricorso incidentale non verrebbe ugualmente meno la necessità di procedere all’esame del ricorso principale ove residui un interesse della parte che lo ha proposto (Cons. Stato, Sez. VI 15 maggio 2017 n. 2275 e Sez. V, 26 giugno 2017, n. 3104).

Tale ipotesi ricorre nel caso di specie ove, in entrambi i ricorsi, viene dedotta l’illegittimità della procedura di gara e palesato un interesse mediato e strumentale delle imprese ricorrenti all’annullamento della procedura che determinerebbe una riedizione della stessa.

Il Collegio, contemperando i suesposti principi con le esigenze di completezza di trattazione di una vicenda estremamente complessa, anticipa che procederà in un primo tempo allo scrutinio delle censure “*escludenti?*” oggetto dei due ricorsi incidentali; in un secondo tempo (prescindendo dalla fondatezza o meno di queste ultime) allo scrutinio delle censure di merito proposte con i ricorsi principali e, in un terzo e ultimo tempo (sempre che, in questo caso, residui un concreto interesse al loro scrutinio), all’esame delle doglianze non “*escludenti?*” oggetto dei ricorsi incidentali.

Con riferimento alle censure oggetto di entrambi i ricorsi introduttivi (da scrutinarsi come anticipato in seconda battuta), in ossequio ad esigenze di economia processuale, verranno esaminate prioritariamente le censure suscettibili, se fondate, di determinare la

caducazione dell'intera gara (1°, 5°, 6° e 8° motivo del ricorso n. 128 e 1° e 2° motivo del ricorso n. 130) e di seguito le doglianze tese a contestare l'ammissione dell'aggiudicataria (1°, 2° e motivo aggiunto del ricorso n. 128).

Chiarito nei suddetti termini l'ordine di scrutinio delle molteplici censure oggetto dei due giudizi, il Collegio procede all'esame del ricorso incidentale proposto da Busitalia nel giudizio n. 128.

Al fine di un corretto inquadramento della fattispecie oggetto di disamina, si rende necessario un preventivo e sintetico richiamo alla disciplina di gara con particolare riferimento ai criteri di valutazione dei profili tecnici di offerta.

La Lettera di Invito del 15 marzo 2016 prevedeva al punto 5 “*Offerta Tecnico Qualitativa*” la presentazione da parte dei concorrenti degli elaborati, di seguito elencati (con indicazione dei relativi pesi), ciascuno riferito a uno specifico profilo del progetto tecnico proposto, da valutarsi sulla base di parametri esplicitati all'allegato B “*Sistema di valutazione delle offerte (SVO)*”:

1. *Piano di rinnovo del parco mezzi: max 20 punti;*
2. *Piano di incremento dei passeggeri: max 6 punti;*
3. *Piano di contolleria e accertamento: max 6 punti;*
4. *Piano degli investimenti: max 5 punti;*
5. *Piano di razionalizzazione ed innovazione della rete di vendita: max 6 punti;*
6. *Piano di manutenzione e pulizia: max 6 punti;*
7. *Piano di comunicazione e di gestione dei rapporti con l'utenza: max 6 punti;*
8. *Piano di qualità e monitoraggio (8 bis. Piano del telecontrollo): max 9 punti;*
9. *Piano di valorizzazione e formazione del personale: max 6 punti.*

Con il primo motivo Busitalia deduce la violazione dell'art. 10 del Capitolato e del relativo allegato CS02 evidenziando che i Piani 5 “*Piano di razionalizzazione ed innovazione della rete di vendita*” e 9 “*Valorizzazione e formazione del personale*” dell’offerta tecnica di TEP paleserebbero il mancato rispetto degli obblighi imposti dalla c.d. “*clausola sociale*” circa l’impegno all’assunzione, in caso di aggiudicazione, del personale attualmente impiegato nell’espletamento del servizio.

In particolare viene evidenziato che segmenti prestazionali del servizio in atto gestito dalla stessa TEP sono affidati a società controllate (TEP Service S.r.l, affittuaria di ramo di azienda, il ricorso alla quale è in particolare contestato con il presente capo di impugnazione, e Parmabus s.c. a r.l.) e che, nell’elaborazione dei Piani in questione, tali affidamenti risulterebbero confermati contravvenendo in tal modo alla disposizione richiamata che, secondo Busitalia, obbligherebbe la società ad assumere dette maestranze nella propria struttura.

Conferma della violazione di tale obbligo si ricaverebbe indirettamente dai contenuti della *Relazione* di accompagnamento al piano Economico finanziario (PEF) di TEP ove al punto 2.2.1 si afferma che i costi del personale sono esposti al netto del “*personale Tep Services a carico della partecipata*”.

Ne deriverebbe, quindi, un ingiusto vantaggio per TEP che, reiterando l’affitto del ramo di azienda ceduto a TEP Services, sarebbe esonerata dall’obbligo di assunzione di 42 unità previste dall’allegato CS02 come essenziali alla gestione: obbligo che grava su tutte le altre concorrenti.

Busitalia, a sostegno della posizione espressa, evidenzia che il Capitolato, all'art. 10.1 dispone che *“l'elenco del personale dipendente dal gestore uscente adibito alla produzione del servizio di Tpl dell'ambito Taro, aggiornato al momento dell'indizione della procedura concorsuale, suddiviso per qualifica-mansione, con indicazione del costo complessivo stimato e dei principali dati contrattuali, è riportato nell'Allegato CS02 ...”* e al successivo art. 10.2 stabilisce che *“l'Affidatario si impegna a trasferire direttamente alle proprie dipendenze tale personale, come da elenco aggiornato alla data di avvio del servizio”*.

Tale anomala delega operativa, inoltre, non potrebbe essere ammessa nemmeno alla stregua di un *sub* appalto poiché, a tacere del fatto che anche in tale ipotesi non verrebbe comunque meno l'elusione della clausola sociale, ciò determinerebbe un inammissibile *sub* affidamento del servizio in misura superiore alla soglia massima consentita del 30%.

L'adempimento degli impegni formalizzati in offerta, evidenzia ulteriormente, in quanto dipendente da una manifestazione di volontà di un soggetto terzo (TEP Services chiamata a rinnovare il contratto di affitto di ramo di azienda ceduto da TEP), qualificerebbe l'offerta di TEP come subordinata e per tale ragione inammissibile.

Allega, infine, che un tale modello di gestione, basato su accordi intercorsi fra due società (controllante e controllata) delle quali una sola concorre alla gara, non impegnerebbe TEP Services nei confronti della Stazione appaltante rendendo la *sub* affidataria affrancata da ogni obbligo imposto dalla *lex specialis* a carico del soggetto gestore, con evidente pregiudizio di SMTP che non avrebbe alcuna garanzia circa il corretto svolgimento del servizio.

Analoghe doglianze vengono da Busitalia formulate nel secondo motivo con riferimento alla previsione di TEP, anch'essa contenuta negli stessi Piani n. 5 e n. 9, di avvalersi dei mezzi di Parmabus (società consortile priva di dipendenti propri essendo le risorse personali allocate in capo ai soggetti consorziati), anche questa soggetto estraneo alla gara e svincolato da ogni rapporto obbligatorio con la Stazione appaltante.

Busitalia deduce, in conclusione, che l'affidamento di segmenti operativi alle due società in questione non sarebbe in ogni caso ammesso poiché, in quanto società a capitale interamente pubblico, TEP non potrebbe avvalersi di soggetti esterni non selezionati mediante procedura pubblica.

TEP pertanto, secondo Busitalia, in quanto non in grado di eseguire il servizio con proprie risorse (come comproverebbe il descritto ricorso a soggetti esterni) avrebbe dovuto essere esclusa in coerenza con la prescrizione della *lex specialis* in base alla quale si ammonisce che *“verranno escluse le offerte che non garantiscono il rispetto degli obblighi di servizio, delle specifiche tecniche e degli standard minimi di qualità indicati nella documentazione di gara e, in particolare, nel capitolato e nei suoi allegati?”*.

Il motivo è infondato

Preliminarmente deve rilevarsi, sul piano generale, che la ricorrente incidentale travisa il significato e la portata della clausola sociale facendo discendere da tale previsione un obbligo incondizionato di assunzione che la giurisprudenza ha già avuto modo di riconoscere come non assoluto.

Come, infatti, già affermato *“a) la "clausola sociale" deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza,*

*scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione; b) conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; c) la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria .(cfr. Cons. Stato, III, n. 1896/2013)" (TAR Toscana, Sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231).*

Deve, altresì, evidenziarsi che la clausola in questione è posta a tutela dei lavoratori nell'ipotesi in cui si determini il subentro di un nuovo affidatario che esegua il medesimo servizio e non mira a fornire tutela alla posizione del lavoratore nell'ambito del modello organizzativo già adottato dal gestore uscente.

Ne consegue che non può ricavarsi dall'invocato art. 10.2 del Capitolato un obbligo da parte di TEP (nell'ipotesi in cui dovesse aggiudicarsi il servizio) di assumere anche il personale delle società partecipate.

L'unico obbligo che il Capitolato pone a carico dell'affidatario con riferimento al dimensionamento delle proprie risorse personali e che graverebbe su TEP in caso di aggiudicazione, è rinvenibile nell'art. 10.4 ove si dispone che *"l'affidatario dovrà assicurare la presenza e l'operatività di personale in numero adeguato ed adeguatamente qualificato per garantire l'erogazione del servizio oggetto di affidamento nel rispetto degli standard contrattuali di cui al CCNL in vigore per il settore, garantendo la piena osservanza delle disposizioni normative vigenti"*.

TEP al Piano 9 “*Valorizzazione e formazione del personale*”, e precisamente al punto 2, dichiarava che avrebbe assicurato l’impiego di personale nella misura richiesta dal bando (quindi nella misura necessaria a garantire l’erogazione del servizio assicurando gli standard contrattuali previsti e/o proposti) avvalendosi delle sue controllate Tep Services e Parmabus.

La circostanza che la disciplina di gara non predeterminasse la consistenza della manodopera da impiegarsi nell’esecuzione del servizio, ma unicamente la previsione di risorse personali in misura adeguata, rende la dichiarazione prodotta da TEP sufficiente ai fini dell’ammissione della propria offerta residuando semmai in fase esecutiva la verifica della effettiva adeguatezza delle risorse dedicate al servizio.

La possibilità di ricorrere al modello organizzativo del *sub* affidamento, inoltre, si ricava dalle disposizioni di cui all’art. 11.7 del Capitolato, che prevede specifici requisiti riferiti agli autobus “*normalmente impiegati sui servizi sub-affidati*”, e dall’art. 24.1 ove si prescrive che “*il sub-affidamento del servizio è consentito previa autorizzazione di SMTP*” (possibilità che TEP si è riservata).

Quanto alla dedotta mancata esposizione, fra i costi del personale, degli oneri relativi al personale delle partecipate comunque impiegato per l’esecuzione del servizio, si tratta di una omissione giustificata dalla circostanza che le retribuzioni di detto personale sono a carico delle Società controllate presso le quali sono assunte: circostanza che non elude voci di costo atteso che le prestazioni delle controllate determinano la corresponsione di un corrispettivo contabilizzato.

In ogni caso, con riferimento al *sub* affidamento disposto in favore di Tep Services deve rilevarsi che a detta Società è affidata la

manutenzione dei mezzi e quindi una prestazione estranea all'oggetto della gara e come tale non rilevante ai fini della valutazione circa il rispetto della quota di servizio massimo subappaltabile.

Quanto alla posizione di Parmabus non è comprovato, né è esplicitamente affermato da Busitalia, che la quota sub affidata (*sub* appaltata nella ricostruzione difensiva di Busitalia) sia eccedente il limite del 30%.

Sempre con riferimento ai contestati *sub* affidamenti è, altresì, infondata la dedotta violazione da parte di TEP del divieto di affidamento senza gara gravante sulle società a capitale pubblico.

A tal proposito si rileva che l'art. 218 del D. Lgs. n. 163/2006 prevede al primo comma che *“ai fini del presente articolo «impresa collegata» è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo 3, comma 28 del presente codice o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne”* e al successivo comma 2 che *“il presente codice non si applica agli appalti stipulati: a) da un ente aggiudicatore con un'impresa collegata”*.

Il citato comma 2, per espressa previsione, si applica *“a) agli appalti di servizi purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata; b) agli appalti di forniture purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo delle forniture provenga dalla messa a disposizione di tali forniture alle imprese*

*cui è collegata”; c) agli appalti di lavori, purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dall'esecuzione di tali lavori alle imprese cui è collegata”.*

Così riassunto il contesto normativo di riferimento, si rileva che TEP Services è società controllata da TEP (che possiede il 70% del capitale sociale), il cui bilancio annuale è consolidato con quello della controllante e, infine, realizza oltre il 90% del proprio fatturato con l'azionista di maggioranza.

L'affidamento di segmenti prestazionali da parte di TEP a TEP Services non soggiace, pertanto, alla disciplina codicistica in tema di appalti.

Analoghe considerazioni valgono per Parmabus, anch'essa società controllata da TEP (la natura di società partecipata nella misura necessaria a ricondurla alla definizione di società controllata nei suesposti termini non è, peraltro, contestata da Bustalia).

Per le suesposte considerazioni deve ritenersi l'infondatezza anche del quarto motivo di ricorso incidentale con il quale Busitalia afferma la doverosità dell'esclusione di TEP in virtù del ricorso, nell'espletamento del servizio, ai mezzi di proprietà di Parmabus.

La doglianza, sostanzialmente riproposta dalla ricorrente incidentale anche mediante tale capo d'impugnazione, e che si fonda sulla circostanza che l'utilizzo di mezzi di terzi e la mancata produzione in gara dei “*contratti impegnativi per i subaffidatari circa l'impiego di quei mezzi*”, non potrebbe garantire la disponibilità delle risorse necessarie per l'assolvimento del servizio, è neutralizzata da quanto previsto dal già richiamato art. 11.1 del Capitolato laddove dispone che “*l'Affidatario deve svolgere il servizio con mezzi in numero e tipo atti ad*

*assicurare l'effettuazione del servizio medesimo con la precisa osservanza di tutte le prescrizioni contenute nei documenti di gara*'.

La mancanza di una previsione circa l'esatto numero di mezzi da impiegarsi in servizio (la disciplina di gara prevede unicamente il numero di mezzi da rilevarsi obbligatoriamente dal gestore uscente) priva di fondamento la censura di Busitalia che, peraltro, descrive in offerta un parco mezzi numericamente inferiore a quello di TEP.

Con il terzo motivo Busitalia, replicando in parte argomentazioni già spese, deduce l'illegittimità della mancata esclusione di TEP in ragione dell'insufficienza del parco mezzi offerto, inidoneo a *“prestare il servizio in termini adeguati e comunque nei termini indicati nella propria offerta”* (pag. 13 del ricorso incidentale).

A sostegno della censura, Busitalia si limita ad evidenziare che TEP in sede di ricorso principale avrebbe affermato la necessità, ai fini di un regolare svolgimento del servizio, di disporre di 415 mezzi mentre nel proprio *Piano 1* si impegnerebbe a fornirne solo 312 propri, facendo affidamento su 93 mezzi di Parmabus pervenendo, tuttavia, anche in tal modo ad una consistenza di soli 406 mezzi.

La censura, a tacere della estrema genericità delle allegazioni a supporto, è infondata in quanto la disponibilità di 415 mezzi non è prevista dalla disciplina di gara che, come già ampiamente illustrato, si limita a richiedere, all'art. 11.1 del Capitolato che *“l’Affidatario deve svolgere il servizio con mezzi in numero e tipo atti ad assicurare l'effettuazione del servizio medesimo con la precisa osservanza di tutte le prescrizioni contenute nei documenti di gara”*.

Con il quinto motivo Busitalia deduce un ulteriore profilo di illegittimità della mancata esclusione di TEP per indeterminatezza e insostenibilità dell'offerta che si assume essere condizionata in virtù

del mantenimento in capo a Parmabus, soggetto estraneo alla gara, della proprietà di 93 mezzi impiegati nel servizio.

Tali mezzi, da considerarsi aggiuntivi/sostitutivi rispetto ai 312 previsti come necessari e oggetto di obbligo di acquisto a cura del subentrante, dovrebbero avere, secondo Busitalia, le medesime caratteristiche di cui all'art. 11.8 del Capitolato mentre, in realtà, non sarebbero conformi alle specifiche richieste (evidenza in particolare che *“numerosi mezzi dei consorziati di Parmabus”* sarebbero stati immatricolati prima dell'anno 2009 e considerato che non è certo l'inizio del servizio nell'anno 2017, al momento dell'avvio della gestione la consistenza dei mezzi non conformi potrebbe essere significativamente aumentata).

Allega, inoltre, che relativamente a detti mezzi non sarebbe previsto alcun piano di rinnovo.

La doglianza è infondata.

Premesso che la disciplina di gara non indica, come più volte evidenziato, il numero di mezzi necessari per l'esecuzione del servizio ma specifica unicamente il numero di mezzi oggetto di obbligo di acquisto da parte del gestore subentrante (appunto i 312 citati), l'art. 11.8 del Capitolato prevede che i mezzi abbiano le seguenti caratteristiche:

- *“età non superiore a 9 anni”*;
- *“per una migliore accessibilità dei mezzi urbani e suburbani, pianale totalmente ribassato e attrezzaggio per l'incarozzamento e il trasporto degli utenti a ridotta capacità motoria”*;
- *“per una migliore accessibilità dei mezzi extraurbani, pianale parzialmente ribassato”*;
- *“display elettronici frontale, laterale/i e posteriore”*;

- *“aria condizionata estesa all’intero vano passeggeri”*;
- *“impianto di videosorveglianza per la sicurezza del personale di guida e dei passeggeri”*.

Deve, tuttavia, rilevarsi che la richiamata disposizione, invocata da Busitalia, riferisce espressamente le suesposte caratteristiche a *“ogni mezzo immesso in servizio all’interno del Piano di rinnovo del parco mezzi, dunque aggiuntivo/ sostitutivo rispetto a quelli oggetto degli schemi di contratto di cui all’art. 30”*.

Ne deriva che le specifiche richieste dall’art. 11.8, ed assunte a Busitalia a parametro di conformità ai fini della formulazione della presente censura, sulla base dell’illustrato dato letterale, non si riferiscono all’intero parco mezzi del concorrente ma unicamente ai mezzi oggetto di sostituzione nel corso del periodo di gestione e il loro rispetto rileverà, quindi, nella fase esecutiva del contratto quando tali sostituzioni saranno effettuate.

La disposizione riferita ai mezzi dei *sub* affidatari è invece contenuta nell’art. 24.4 che in tema di *“Sub-affidamento”* dispone che *“l’80% (ottanta per cento) degli autobus normalmente impiegati sui servizi sub-affidati dovrà avere un’anzianità, calcolata al termine di ciascun anno di servizio, non superiore a 17 (diciassette anni)”*.

La clausola è coerente con quella di cui all’art. 11.7 ove si prevede che *“l’85% (ottantacinque per cento) degli autobus disponibili per il servizio, compresi quelli normalmente impiegati sui servizi sub-affidati, dovrà comunque avere un’anzianità calcolata al termine di ciascun anno di riferimento non superiore a 17 (diciassette) anni”*.

E’ quindi evidente, ad una lettura coordinata delle molteplici disposizioni di gara, che è previsto un regime diverso fra i mezzi

facenti inizialmente parte del parco mezzi impiegato e quelli oggetto del piano di rinnovo.

Con il sesto motivo Busitalia deduce la violazione dell'Allegato B alla Lettera di Invito (il SVO) nella parte in cui prevede (punto 2.1 *“Elemento 1: Rinnovo del parco mezzi”*) la produzione da parte dei concorrenti di un *“Piano di rinnovo del parco mezzi”* specificando che *“a tal fine, il Concorrente dovrà compilare la riga A della tabella sottostante indicando l'investimento (in Mln di €) offerto per ciascun annodi affidamento”*.

In particolare allega che TEP avrebbe utilizzato un *“formato-tabella completamente differente da quello previsto dall'atto di Gara”* costringendo la Commissione, nella seduta del 12 settembre 2016, a *“riclassificare autonomamente l'offerta di TEP nel formato previsto”*.

Analogia difformità dalle prescrizioni di Capitolato viene, altresì, rilevata con riferimento al *“Piano degli investimenti”* in relazione al quale il punto 2.4 del SVO dispone che *“il Concorrente dovrà compilare la riga A della tabella sottostante, indicando gli investimenti (in Mln di €) offerti per ciascun anno dell'affidamento ...”*.

TEP non avrebbe utilizzato lo schema previsto e non *“avrebbe calcolato, attraverso l'applicazione dei pesi/moltiplicatori ivi recati, l'investimento pesato ai fini dell'attribuzione dei punteggi”*.

Anche in questo caso la Commissione, nella seduta del 28 settembre 2016, avrebbe illegittimamente proceduto a riclassificare autonomamente i dati esposti da TEP nel formato previsto.

Le rilevate correzioni in luogo dell'adozione di un provvedimento di esclusione per violazione delle previsioni del Capitolato avrebbero leso il principio di *par condicio*.

Il motivo è infondato.

Sul punto è dirimente la considerazione che un tale profilo non può costituire causa di estromissione dalla gara in quanto, a tacere del fatto che non è espressamente previsto dalla *lex specialis*, una tale misura contrasterebbe con il principio di tipicità delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 comma 1 *bis* del D. Lgs. n. 163/2006 a norma del quale *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

In ogni caso, a conferma della infondatezza delle tesi di Busitalia, si rileva che l'offerta di TEP è formulata mediante redazione di una tabella contenente i medesimi dati richiesti dal Capitolato con aggiunta di una colonna (elemento di difformità) recante un dato ulteriore (numero di mezzi acquistati per anno) alla quale venivano allegare tabelle aggiuntive, non richieste dalla disciplina di gara ed aventi funzione integrativa dei dati esposti.

Con il settimo motivo Busitalia deduce la violazione degli artt. 86 e 87 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 26, commi 3 e 5, del D. Lgs. n. 81/2008 TEP allegando un profilo di indeterminatezza e non conformità alla *lex specialis* degli importi esposti per costi aziendali inerenti al sicurezza.

Busitalia afferma che TEP avrebbe “*frainteso*” gli oneri in tema di costi aziendali interni della sicurezza confondendoli con i diversi oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d’asta (c.d. oneri interferenziali)

A tal proposito illustra la differenza fra i “*c.d. costi aziendali da interferenza*” e i “*c.d. oneri aziendali da sicurezza interna*” evidenziando come i primi siano disciplinati dagli artt. 86, comma 3 ter, 87, comma 4, e 131 del D. Lgs. n. 163/2006, nonché, dall’art. 26, commi 3 *ter* e 5 del D. Lgs. n. 81/2008; siano determinati dalla Stazione appaltante e non siano soggetti a ribasso, mentre i secondi, siano specifici della struttura aziendale dell’impresa e vengano da questa quantificati autonomamente con conseguente obbligo di specificarli in offerta.

Evidenzia, quindi, che TEP formulando la propria offerta economica indicava un ribasso del 3% precisando che “*i costi aziendali interni della sicurezza non soggetti a ribasso d’asta per la durata novennale dell’affidamento sono pari a complessivi € 3-399.366,00 più oneri fiscali?*”.

Da ciò Busitalia desume che TEP avrebbe, in alternativa, inteso indicare in detta cifra gli oneri interferenziali non soggetti a ribasso e , pertanto, avrebbe omesso di indicare gli oneri di sicurezza interna all’azienda; o avrebbe indicato con quell’importo i costi di sicurezza aziendali e in tal modo avrebbe errato nel considerarli non soggetti a ribasso.

In entrambe le ipotesi, si afferma, l’offerta doveva essere esclusa perché, in un caso, TEP avrebbe indicato oneri interferenziali sovrabbondanti rispetto a quelli specificati dagli atti di gara in € 50.000,00 annui; nell’altro caso, avrebbe omesso l’indicazione degli oneri di sicurezza interni.

L'offerta sarebbe, inoltre, indeterminata poiché l'importo veniva dichiarato prevedendo *“più oneri fiscali”* ma tali oneri non sarebbero determinati né determinabili.

La censura, a tacere della estrema genericità che non specifica la lesione sottesa alla doglianza, è infondata.

Il punto 6 della Lettera d'Invito precisava che *“la formulazione dell'offerta economica dovrà evidenziare i costi aziendali interni della sicurezza, non soggetti a ribasso”*.

In ossequio a quanto previsto TEP formulava l'offerta economica offrendo un ribasso percentuale del 3% con la precisazione che *“i costi aziendali interni per la sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta, per la durata novennale dell'affidamento, sono pari a complessivi € 3.399.336,00 più oneri fiscali”*.

L'operato di TEP è quindi conforme alle prescrizioni di gara.

La mancata specificazione degli oneri fiscali, inoltre, non determina alcun profilo di indeterminatezza del dato trattandosi di *“oneri”* il cui eventuale ammontare, se dovuto, è rimesso alla legge.

Si anticipa che le medesime censure sono, altresì, formulate, e nei medesimi termini (analoghe sono anche le difese della ricorrente principale) nel quarto motivo del ricorso incidentale proposto nel giudizio n. 130 che, per tale ragione, è parimenti infondato.

Il Collegio, in coerenza con le suesposte premesse metodologiche, non procede allo scrutinio degli ulteriori motivi (l'ottavo e il nono) poiché contenenti censure dirette a contestare non più la legittimità dell'ammissione in gara di TEP, bensì, la sostenibilità e l'attendibilità dell'offerta dalla stessa presentata e non rivestono quella portata *“escludente”* che ne giustificherebbe l'esame prioritario sull'impugnazione principale.

Quanto al ricorso incidentale proposto nel giudizio n. 130/2017, con il primo motivo Busitalia deduce l'illegittimità della mancata esclusione di TPER per violazione dell'art. 37, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006 in ragione dell'omessa specificazione in offerta della ripartizione delle quote di servizio fra la stessa TPER, mandataria partecipante al RTI nella misura dell'80% e la mandante dell'ATI SETA partecipante nella misura del residuo 20%.

La norma invocata dispone che *“nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*: indicazione indispensabile non essendo prescritto nell'attuale quadro normativo un necessario parallelismo fra quote di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione del servizio.

Detta omissione determinerebbe la nullità dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2017, n. 3209) con conseguente necessità di procedere all'esclusione di TPER.

Il motivo è infondato.

Preliminarmente deve rilevarsi (atteso che tale elemento è confutato da Busitalia in sede di memoria di replica) che la fattispecie oggetto del presente giudizio è una concessione di servizi.

In tal senso depone la circostanza che la *“controprestazione a favore”* dell'aggiudicataria *“consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”* stesso (definizione contenuta nel 2° comma dell'art. 30 del D. Lgs. n. 163/2006).

Il citato art. 30, comma 1, prevede che *“salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi”* (fattispecie oggetto del presente giudizio).

In simili casi, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione normativa, *“la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”* e, come dispone il successivo comma 7, *“si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7”*.

L'applicabilità della disciplina codicistica è quindi limitata a norme espressamente indicate, fra le quali non figura l'art. 37.

In ogni caso, deve rilevarsi che il punto III.1.3 del Bando, disciplinando la *“forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di operatori economici aggiudicatario”*, stabiliva che *“le associazioni temporanee di impresa ... devono costituirsi in forma di società di capitali, anche consortile, ovvero società cooperativa, anche consortile, entro il termine che sarà indicato nel capitolato di gara. La dichiarazione a costituirsi nelle forme suddette dovrà essere allegata all'offerta. I componenti del raggruppamento aggiudicatario del servizio dovranno obbligarsi, all'atto della costituzione di cui sopra, a garantire singolarmente e pro-quota, il corretto adempimento da parte della società aggiudicataria di tutte le obbligazioni che deriveranno in capo a quest'ultima dal contratto di servizio, secondo le modalità che saranno indicate nel capitolato di gara”*.

In assenza di ulteriori indicazioni da parte della *lex specialis*, al momento dell'offerta nessun impegno ulteriore all'impegno alla costituzione della società di cui sopra poteva ritenersi sussistente in capo alle concorrenti.

L'assunzione dell'obbligo *“a garantire singolarmente e pro-quota”* l'esecuzione del servizio nei termini contrattualmente stabiliti, veniva dal bando previsto al momento della costituzione della società, ovvero, in un momento successivo all'ammissione in gara.

Il motivo da ultimo scrutinato (una volta anticipata l'infondatezza della dedotta errata specificazione dei costi relativi alla sicurezza) esaurisce le censure aventi portata escludente formulate con il ricorso incidentale n. 130.

Preliminarmente allo scrutinio di merito delle doglianze oggetto dei due ricorsi, devono essere respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso proposto da TPER sollevate tanto da Busitalia sul presupposto che la ricorrente *“non potrebbe in ogni caso conseguire l'aggiudicazione della gara che ci occupa”* (pag. 4 del ricorso incidentale proposto nel giudizio n. 130), quanto da SMTP allegando la genericità delle critiche alle valutazioni della Commissione e l'omissione *“degli elementi necessari per operare la c.d. prova di resistenza”* (pag. 4 della memoria del 19 giugno 2017).

TPER, come già esposto, non manifesta un interesse all'accertamento della incongruità del processo valutativo sviluppato dalla Commissione perseguendo un interesse all'aggiudicazione della gara ma tende, con la proposta impugnazione, al travolgimento dell'intera procedura: esito che le consentirebbe di soddisfare l'interesse ad una riedizione della procedura.

In tali ipotesi la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che *“sussiste, dunque, quel rapporto "di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta" che consente di fondare l'interesse della terza classificata a contestare giudizialmente gli esiti e/o lo svolgimento della procedura di gara (cfr., C.d.S., Ad. Pl., sentenza n.*

8/2014)” (TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 20 maggio 2016, n. 184).

Il Collegio procede ora allo scrutinio delle censure di merito dei due ricorsi iniziando, come anticipato, da quelle suscettibili, se fondate, di determinare l’annullamento dell’intera procedura di gara, iniziando dal sesto motivo del ricorso n. 128 da scrutinarsi unitamente al primo motivo del ricorso n. 130 con i quali, con argomentazioni sovrapponibili, le ricorrenti deducono la violazione dell’art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006 in ragione della commistione operata dalla disciplina di gara fra elementi economici e tecnici dell’offerta.

Evidenziano a tal proposito che la Stazione appaltante individuava il criterio di aggiudicazione nell’offerta economicamente più vantaggiosa (punto IV.2.1 dell’Avviso di gara) ritenendo, in virtù di tale scelta, di non riconoscere rilevanza esclusiva o preponderante alla convenienza economica ma, al contrario, di conferire rilievo preminente, ai fini della selezione del gestore del servizio, ad aspetti tecnico-qualitativi come comproverebbe la adottata ripartizione del punteggio attribuito nella misura di 70/100 alla qualità del progetto e nella misura di 30/100 al corrispettivo offerto.

La valutazione del progetto tecnico (come ampiamente esposto in premessa allo scrutinio dei ricorsi incidentali) era previsto avvenisse relativamente a 9 Piani riferiti ciascuno ad un preciso aspetto qualitativo dell’offerta.

Ciò nonostante, rilevano le ricorrenti, relativamente ai Piani 1 “*Rinnovo del parco mezzogiorno*” e 4 “*Investimenti*” il punteggio previsto (ben 25 punti complessivi su 70 riservati all’offerta tecnica) veniva attribuito in funzione dei soli importi offerti a tale titolo conferendo

una rilevanza unicamente economica a profili di natura qualitativa e stravolgendo in tal modo il criterio di aggiudicazione prescelto.

Il motivo è fondato.

La stazione appaltante, sotto un primo profilo, ha perimetrato l'ambito di valutazione riservato ai profili tecnici dell'offerta allargandolo a parametri aventi esclusiva rilevanza economica, come palesa la previsione di una loro formulazione mediante mera indicazione di un importo monetario; sotto altro profilo, ha stravolto il criterio di aggiudicazione predefinito che, come anticipato, era motivatamente ancorato ad una logica di prioritario apprezzamento della componente tecnico qualitativa del servizio, configurando di fatto una gara ove risultavano predominanti gli aspetti economici dell'offerta.

E' noto al Collegio il principio in base al quale in materia di procedure concorsuali l'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante che predetermina in modo insindacabile l'incidenza delle componenti tecniche ed economiche nel complessivo giudizio di scelta del proprio contraente (TAR Emilia Romagna, Parma, 14 aprile 2014, n. 114).

Tuttavia la giurisprudenza ha riconosciuto l'imprescindibilità di una netta separazione fra la valutazione dei due distinti profili affermando la necessità *“che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, le offerte economiche devono restare segrete, dovendo essere interdetta al seggio di gara la conoscenza degli elementi economici”* (TAR Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 503) *chiarendo, a tutela di tale esigenza, che nelle procedure da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta tecnica “deve precedere*

*lo scrutinio dell'offerta economica*” (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 31 ottobre 2016, n. 5104).

Il principio trova un temperamento laddove la stessa giurisprudenza riconosce che *“nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato”* ma pur sempre a condizione che *“siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica”* (Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181).

Sempre la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la portata viziante di una ipotetica commistione fra i due profili in questione non deve valutarsi in concreto (ovvero in presenza di un accertato e comprovato esercizio distorto del potere valutativo riconducibile alla anticipata conoscenza di componenti dell'offerta economica) ma rileva ogni qual volta l'effetto distorsivo a neutralizzazione del quale si impone il rispetto del principio di separazione sia anche solo potenziale.

Ciò perché *“la sola possibilità di conoscere gli elementi attinenti l'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica sì da poterne sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una delle offerte complessivamente considerate ( Cons. stato Sez. V 2/10/2009 n. 6007 ) e tale possibilità, anche solo eventuale, va ad inficiare la regolarità della procedura ( Cons. Stato Sez. V 25/7/2009 n. 3217)”* (Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 824)

In altri termini, non è necessario ai fini della caducazione della procedura di gara, un effettivo condizionamento del giudizio dei

membri della Commissione essendo di per sé sufficiente l'astratta possibilità che ciò possa verificarsi in ragione dell'anticipazione di elementi suscettibili di minare l'autonomia di giudizio della Commissione.

Ne deriva che la legittimità delle valutazioni della Commissione è inficiata non solo in presenza di una oggettiva commistione di elementi di opposta natura che consenta già in sede di scrutinio tecnico di ricostruire, anche solo indirettamente, gli importi specificati nell'offerta economica (a quel momento ancora segreta) ma, per il medesimo effetto condizionate che si determina, anche in presenza di elementi che consentano un apprezzamento preventivo di ragioni di convenienza economica per l'appaltante.

Deve, quindi, procedersi all'esame della fattispecie concreta onde valutare l'effettivo verificarsi di un tale effetto potenzialmente distorsivo in conseguenza della illustrata predisposizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Con riferimento al caso di specie, TPER formula la censura evidenziando i contenuti del “*Protocollo d'Intesa S.M.T.P. S.p.A./OO.SS.*” del 22 gennaio 2015, parte integrante dell'allegato III al Capitolato con il quale si conveniva che la procedura concorsuale e la relativa documentazione di gara “*saranno finalizzati a favorire processi di miglioramento del sistema TPL, sia come qualità del servizio reso all'utenza, anche attraverso una più significativa gestione dell'intermodalità, sia come miglioramento dell'efficienza*”.

In detta sede veniva previsto che la futura gestione sarebbe stata affidata mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che “*i criteri di valutazione delle offerte riferiti alla qualità del servizio prevarranno su quelli riferiti al corrispettivo*”.

Il SVO, dopo aver elencato i 9 profili in relazione ai quali si sarebbe apprezzata l'offerta tecnica precisava che l'attribuzione dei relativi *sub* punteggi sarebbe stata *“effettuata a seguito di una valutazione qualitativa da parte della Commissione”* escludendo espressamente da tale tipo di valutazione le voci *“Rinnovo del parco mezzi”* e *“Investimenti”* per le quali la valutazione veniva prevista *“tramite le formule matematiche riportate rispettivamente, ai paragrafi 2.1 e 2.4”*

Quanto al Piano 1 il SVO prevedeva che *“l'attribuzione del punteggio [fosse] effettuata sulla base dell'ammontare di risorse che il Concorrente investirà per le operazioni di rinnovo del parco autobus”* con la precisazione (a conferma della rilevanza attribuita al solo dato economico) che *“in caso di acquisto si considera per ciascun veicolo il relativo prezzo”* e *“per le altre modalità di acquisizione, si considera per ciascun veicolo il valore attuale dei canoni e dell'eventuale riscatto”*.

Analogamente per il piano 4 il SVO prevedeva che *“l'attribuzione dei punteggi sarà effettuata sulla base dell'ammontare di risorse che il concorrente investirà nel corso dell'affidamento”*.

In entrambi i casi il punteggio si determinava sulla base di formule matematiche nelle quali gli importi monetari previsti per l'acquisto o gli investimenti rappresentavano l'unica variabile, creando in tal modo una corrispondenza biunivoca fra importo offerto e punteggio conseguito.

La contraddittorietà delle illustrate previsioni emerge con evidenza ove si consideri che in relazione al Piano 1, come evidenziato da TPER, veniva richiesto al concorrente di indicare *“le caratteristiche dei mezzi che si intende immettere in servizio”*: elemento che presuppone la successiva espressione di un giudizio non legato al solo costo del veicolo ma alle sue specifiche tecniche e di utilizzo.

Né a contrario può condividersi la posizione di SMTP laddove afferma che *“poiché sul mercato esistono mezzi con prezzi tra loro molto diversi, con caratteristiche tecniche non omogenee (si pensi ai diversi optional proposti dalle case automobilistiche ...) si è ritenuto di eliminare la discrezionalità valutativa considerando il parametro della spesa”* (pag. 3 della memoria di costituzione nel giudizio n. 130. Analoghe considerazioni venivano formulate anche nel giudizio m. 128).

La considerazione, a tacere della singolarità della prospettata esigenza di privare di connotati discrezionali una valutazione qualitativa, presuppone una rigida corrispondenza fra prezzo pagato e qualità del prodotto offerto del tutto indimostrata e priva di fondamento sulla base anche di massime di esperienza.

Diversamente opinando si giungerebbe alla paradossale conclusione che un mezzo, solo perché pagato un prezzo maggiorato o perché dotato di costosi e in ipotesi inutili *optional*, determinerebbe un maggior punteggio in favore dell'offerente premiando in tal modo inefficaci pratiche commerciali.

L'importo corrisposto per il rinnovo dei mezzi, infatti, in assenza di ulteriori specificazioni circa il numero e le relative caratteristiche, non fornisce nessuna indicazione certa circa la loro funzionalità e idoneità all'esecuzione dello specifico servizio nell'ambito del quale saranno impiegati con la conseguenza che potrebbe essere premiato con maggior punteggio di natura tecnica un progetto di rinnovo quantitativamente e qualitativamente inferiore.

Alle medesime conclusioni si perviene relativamente alla valutazione del programma di investimenti che, essendo riferita ad un aspetto qualitativo del progetto, non può prescindere da una esposizione, sia pur non necessariamente dettagliata, della natura degli investimenti

previsti che consenta di apprezzarne l'effettiva rilevanza e pertinenza ai fini della garanzia di qualità del servizio.

I descritti criteri di valutazione, richiedendo l'indicazione di un mero importo monetario, consentono già in sede di scrutinio tecnico valutazioni di convenienza economica dell'offerta potenzialmente suscettibili di condizionare l'imparzialità e autonomia del giudizio nei sensi suindicati.

Nel caso di specie, inoltre, lo speciale meccanismo di valutazione delle offerte tecniche stravolgeva anche la stessa natura della gara che, strutturata dalla Stazione appaltante sul dichiarato presupposto di voler favorire gli aspetti qualitativi della prestazione, determinava di fatto la prevalenza dei profili economici.

Ove si consideri, infatti, che in relazione ai due Piani in questione il SVO prevedeva, come anticipato, 25 punti (20 per il Piano 1 e 5 per il Piano 4) emerge che, nonostante la affermata predominanza degli aspetti tecnici dell'offerta, tale da comportare per tali profili una previsione di 70 punti su 100, in realtà, gli aspetti economici dell'offerta consentivano il conseguimento di 55 punti su 100, determinando per tali profili una incidenza superiore a quelli tecnici in relazione ai quali era possibile conseguire un massimo di 45 punti su 100.

Il rilievo attribuito all'offerta economica, oltre che in contraddizione con le disposizioni dell'Avviso di gara e il SVO, contraddice, altresì, il Protocollo di intesa "*S.M.T.P. S.p.A./ OO.SS. del Trasporto Pubblico Locale in tema di procedura concorsuale per l'affidamento dei servizi di TPL dell'Ambito Taro*" costituente l'allegato III del Capitolato "*Clausole sociali?*" sottoscritto il 22 gennaio 2015 con il quale si stabiliva che "*la procedura concorsuale, i capitolati e il Contratto di Servizio saranno finalizzati a*

*favorire processi di miglioramento del sistema del TPL, sia come qualità del servizio reso all'utenza, anche attraverso una più significativa gestione dell'intermodalità, sia come miglioramento dell'efficienza"* prevedendo espressamente, a garanzia del concreto perseguimento di detto obiettivo, che *"i criteri di valutazione delle offerte riferiti alla qualità del servizio prevarranno su quelli riferiti al corrispettivo"*.

Con il primo motivo del ricorso n. 128, al fine di ottenere l'esclusione della gara della aggiudicataria e, in subordine, l'annullamento della gara stessa, TEP deduce la violazione degli artt. 42 e 230 del D. Lgs. n. 163/2006 lamentando che SMTP, predeterminando i requisiti tecnici di ammissione avrebbe illegittimamente previsto che la referenza esperienziale richiesta dall'art. III.2.3 del Bando (gestione di servizi di trasporto pubblico locale per un volume non inferiore a 1.500.000 di km/vettura) potesse essere soddisfatta mediante la gestione di servizi *"a impianto fisso elettrificato (tranvie o filovie)"*.

La pretesa illegittimità della citata equiparazione a tali fini fra *"tranvie e filovie"*, che avrebbe consentito la partecipazione all'aggiudicataria (che possiede il requisito richiesto in forza di una pregressa gestione di servizio tranviario e non vanta esperienza in tema di gestione di servizi filoviari, oggetto invece dell'affidamento in questione), determinerebbe tanto l'illegittimità dell'ammissione di Busitalia (poiché partecipante in forza di una referenza incongrua e sarebbe, quindi, priva della necessaria capacità tecnica di gestione del servizio da affidarsi), quanto l'illegittimità dell'intera procedura poiché in virtù della contestata equiparazione risulterebbe introdotta la possibilità di affidare il servizio a soggetti non dotati di requisiti atti a comprovare una effettiva capacità tecnica a svolgerlo.

Busitalia, con riferimento all'invocata esclusione dalla gara, si difende limitandosi ad affermare la piena conformità dei propri requisiti a quanto richiesto dalla *lex specialis* ed evidenziando che una diversa previsione di gara non le avrebbe in ogni caso impedito la partecipazione avvalendosi di una impresa terza.

Quanto alla dedotta incongruità della clausola di gara, eccepisce in via pregiudiziale l'inammissibilità della doglianza in quanto diretta a censurare una scelta discrezionale della Stazione appaltante non sindacabile in questa sede, nonché, la tardività della medesima poiché proposta oltre lo spirare del termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione della disciplina di gara.

Il motivo in disamina è infondato nella parte in cui censura l'ammissione della ricorrente alla gara in quanto i requisiti posseduti da Busitalia sono conformi a quanto richiesto dalla disciplina di gara e la circostanza non è oggetto di contestazione.

Una diversa formulazione della *lex specialis* nei sensi auspicati da TEP, non è comprovato che avrebbe inibito la partecipazione alla gara di Busitalia che avrebbe potuto avvalersi del requisito di un terzo soggetto nelle forme consentite.

Né, ai fini in esame, rileva la dedotta onerosità dell'avvalimento extra gruppo che avrebbe, in ipotesi, fatto lievitare i costi di partecipazione rendendo l'offerta di Busitalia di dubbia sostenibilità, atteso che il tema coinvolge scenari ipotetici e non comprovati.

Quanto all'impugnazione della disciplina di gara deve *in primis* respingersi l'eccezione di tardività.

Come di recente ribadito “*la giurisprudenza da tempo assume che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole di loro impeditive dell'ammissione dell'interessato alla gara, o anche solo*

*impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara” poiché “in siffatti casi già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (da ultimo Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92; V, 20 novembre 2015, n. 5296; V, 6 giugno 2016 n. 2359)” (Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110).*

Nessuna delle richiamate ipotesi ricorre nel caso di specie ove la specifica clausola non inibiva la partecipazione di TEP alla gara, né le rendeva impossibile la partecipazione od oltremodo difficoltosa la formulazione dell'offerta.

La lesione della posizione giuridico soggettiva di TEP in relazione al profilo di illegittimità evidenziato non si manifesta, pertanto, nel momento in cui si procede all'ammissione di un concorrente, in ipotesi, privo di congrui requisiti di partecipazione, ma unicamente quando quest'ultimo consegue l'aggiudicazione della gara.

Deve, quindi, per tale ragione ritenersi tempestiva l'impugnazione della previsione di gara contestualmente all'esito della procedura.

Quanto al merito della censura, sotto un primo profilo di ordine generale, deve rilevarsi che la normativa impone che *“l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente*

*codice, deve garantire la qualità delle prestazioni?* (art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006).

Il principio, che indirizza l'esercizio dei poteri discrezionali delle Stazioni appaltanti in materia, è espressione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 della Costituzione e si sostanzia nell'apprestamento da parte dell'Amministrazione (nel caso di specie proprio attraverso l'individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) degli strumenti e delle misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in relazione all'oggetto specifico dell'appalto da affidare.

La discrezionalità di cui gode la Stazione appaltante in tali ambiti è vasta ma non è, tuttavia, assoluta.

La giurisprudenza, infatti, pur riconoscendo che *"le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella lex specialis parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità"*, precisa come debbano essere in ogni caso *"fatti salvi i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali consentono il sindacato giurisdizionale sull'idoneità ed adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto... (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185; Cons. di St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008)"* (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 27 dicembre 2016, n. 3133).

La giurisprudenza ha, altresì, affermato che *"le scelte della stazione appaltante, pur se ampiamente discrezionali, incontrano, pertanto, dei limiti, atteso che, da un lato, non possono tradursi nella previsione di requisiti*

*irragionevoli, irrazionali, arbitrari o sproporzionati, dall'altro, devono essere aderenti all'oggetto complessivo del contratto da aggiudicare*” (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 febbraio 2016, n. 1429).

Ciò premesso, il Collegio rileva, in primo luogo, che la gestione di linee tranviarie (che definisce l'ambito delle competenze professionali specifiche spese dall'aggiudicataria in gara) non costituisce oggetto dell'affidamento in questa sede contestato; in secondo luogo, che le tranvie e le filovie sono sistemi di trasporto all'evidenza differenti, con la conseguenza che il requisito acquisito nella gestione di un servizio tranviario non può costituire garanzia certa di capacità tecnica nella gestione di una filovia.

In particolare sotto l'aspetto strutturale si evidenzia senza pretesa di esaustività che:

- i tram si caratterizzano per una guida vincolata alla rotaia che richiede scambi e binari, nonché, un sistema di segnaletica simile a quella ferroviaria;
- i tram godono di regimi preferenziali nella circolazione su strada (v. regime di precedenza su strada rispetto agli altri mezzi);
- gli autobus e i filobus godono di una maggior libertà di movimento che consente loro il ricorso a traiettorie non vincolate in assoluto (ad esempio, effettuano sorpassi ed evitano ostacoli);
- è diversa la struttura elettrificata che prevede una alimentazione a doppio filo ed un sistema di scambi totalmente aereo per i filobus mentre i tram utilizzano una sola linea aerea scaricando a massa sulle rotaie;
- sono, inoltre, diverse le modalità di guida, le prescrizioni di sicurezza nella guida su strada (v. diversità degli spazi di arresti), la

manovrabilità, nonché, le modalità di intervento per guasti e rimozioni che si dovessero verificare.

L'esistenza di differenze tra i due sistemi trova indiretta conferma, come correttamente evidenziato dalla ricorrente TEP, anche sul piano normativo laddove il D.M. 15 marzo 1993, "*Disposizioni riguardanti l'idoneità tecnico-professionale, fisica e morale dei direttori di esercizio dei servizi di pubblico trasporto terrestre e dei loro sostituti*" dettando "*disposizioni riguardanti l'idoneità tecnico-professionale, fisica e morale dei direttori di esercizio dei servizi di pubblico trasporto terrestre e dei loro sostituti*", specifica i requisiti necessari in capo ai Direttori di servizio operando una netta distinzione fra filovie, tranvie, metropolitana e ferrovia.

L'art. 1 del decreto in esame, infatti, prevede che "*le disposizioni del presente decreto si applicano per gli impianti in servizio di pubblico trasporto terrestre che, agli effetti delle stesse disposizioni, si suddividono nelle seguenti categorie:*

- I) *Ferrovie in concessione od in gestione commissariale governativa;*
- II) *Metropolitane ed altri sistemi di trasporto rapido di massa in sede propria;*
- III) *Tranvie;*
- IV) *Filovie;*
- [V) *Autolinee*".

Il successivo art. 2 dispone che "*per poter espletare le funzioni di direttore dell'esercizio, ai sensi dell'art. 89 del D.P.R. n. 753/80, l'interessato deve possedere i seguenti requisiti: ... 3) Requisiti tecnico-professionali: laurea in ingegneria ed abilitazione all'esercizio della relativa professione, nonché esperienza specifica con mansioni direttive nel settore dei trasporti ad impianti fissi di cui all'art. 1 del presente decreto maturata presso un'azienda esercente ...*".

Sulla base delle richiamate disposizioni, si ricava, sotto un primo profilo, che esiste una ben definita suddivisione in categorie delle molteplici forme di gestione di un servizio di TPL che impedisce di ricondurle ad unità; sotto un secondo profilo, che le esperienze maturate in ambiti diversi non sono fungibili poiché le “*esperienze specifiche*” richieste devono essere riferite al particolare settore, non potendo essere spese in altri ambiti.

Il dato, sebbene in via indiretta (poiché riferito ad un figura professionale, anche se di grande rilievo nella gestione del servizio), conferma la tesi di TEP circa la non fungibilità delle diverse esperienze e tale non assimilabilità dei due servizi (filoviario e tranviario) palesa l'irragionevolezza della prevista possibilità di spendita di un requisito maturato relativamente ad una specifica tipologia di servizio quale referenza esperienziale ai fini dell'aggiudicazione della gestione di un servizio diverso.

Ne deriva l'illegittimità della prevista equiparazione delle due diverse referenze che introduce la possibilità di pervenire (come effettivamente accaduto) all'affidamento di un complesso servizio ad un soggetto privo del *know how* necessario a garantire la corretta esecuzione della prestazione appaltata.

Con il quinto motivo di ricorso (di contenuto analogo al terzo motivo del ricorso n. 130 proposto da TPER), TEP deduce la violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 162/2006 e degli Accordi Aziendali nella specie l'art. 39 del Testo Unico 14 novembre 2002, della *lex specialis*, nonché, dell'art. 40 della L.R. n. 30/1998 in ragione dell'attribuzione dei punteggi senza una compiuta valutazione dell'attendibilità dei contenuti dell'offerta.

Tale valutazione si sarebbe resa necessaria in ragione della genericità dei criteri motivazionali predeterminati dalla Stazione appaltante che comporterebbe l'insufficienza del solo punteggio numero ad assolvere l'onere motivazionale.

Il motivo è fondato.

Preliminarmente si precisa che, come già anticipato, la Lettera di Invito, in tema di “*Offerta Tecnico Qualitativa*” (Punto 5) prevedeva la presentazione di 9 elaborati (che per chiarezza di esposizione si richiamano nuovamente con indicazione del relativo peso): *Piano di rinnovo del parco mezzi*: 20 punti; *Piano di incremento dei passeggeri*: 6 punti; *Piano di contolleria e accertamento*: 6 punti; *Piano degli investimenti*: 5 punti; *Piano di razionalizzazione ed innovazione della rete di vendita*: 6 punti; *Piano di manutenzione e pulizia*: 6 punti; *Piano di comunicazione e di gestione dei rapporti con l'utenza*: 6 punti; *Piano di qualità e monitoraggio (8 bis Piano del telecontrollo)*: 9 punti; *Piano di valorizzazione e formazione del personale*: 6 punti) da valutarsi in base ai criteri contenuti all'allegato B “*Sistema di valutazioni delle offerte (SVO)*”.

Tali piani, ad eccezione del primo e del quarto valutati come già rilevato mediante criterio automatico, erano oggetto di una “*valutazione qualitativa*” espressa mediante giudizi predefiniti cui corrispondeva un coefficiente di valutazione:

- Non valutabile: coeff. 0,00;
- Parzialmente adeguato: coeff. 0,30;
- Sufficiente: coeff. 0,60;
- Buono: coeff. 0,80;
- Ottimo: coeff. 1,00.

Il conseguimento del coefficiente più elevato in relazione ad ogni singolo elaborato comportava l'attribuzione del massimo *sub*

punteggio previsto per la singola voce, con conseguente calcolo del punteggio da attribuirsi ai restanti concorrenti sulla base di una formula matematica.

L'attribuzione del coefficiente era previsto avvenisse sulla base dei seguenti *“parametri motivazionali”*:

- *“quantificazione dei benefici attesi, descritti e stimati dal Concorrente e valutazione, a giudizio della Commissione, della correttezza ed attendibilità delle stime effettuate dallo stesso Concorrente”*;
- *“concreta possibilità di implementazione delle iniziative proposte nell'ambito dei Piani; tale elemento sarà valutato in relazione alle specificità ed alle potenzialità di sviluppo della gestione, alle caratteristiche territoriali e socio-demografiche dell'Ambito Taro e ad ogni ulteriore elemento che la commissione riterrà utile per valutare l'effettiva percorribilità delle iniziative proposte”*;
- *“altri eventuali impatti sull'azienda e sul territorio derivanti dalle iniziative proposte dal concorrente”*.

Criteri che le ricorrenti TEP TPER ritengono essere estremamente generici tanto da non consentire, in presenza della sola attribuzione del punteggio meramente numerico, la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dal seggio di gara e le ragioni della preferenza accordata.

Ciò premesso il Collegio rileva che in ordine alla specifica questione la posizione della giurisprudenza, di recente ribadita, è pacifica nel ritenere che *“nelle gare pubbliche, relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel*

*valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità (in tal senso -ex multis -: Cons. Stato, III, 8 novembre 2016, n. 4650; id., III, 3 ottobre 2016, n. 4561; id., V, 20 settembre 2016, n. 3911)” (Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2017, n. 1228).*

Tale chiarezza, analiticità e articolazione dei criteri di valutazione non è riscontrabile nel caso di specie.

La oggettiva genericità dei suesposti criteri si palesa ove si consideri che, in relazione al primo, si è in presenza di una “*quantificazione*” basata su una stima operata dalla stessa ricorrente che meriterebbe, quindi, una verifica; quanto al secondo, si basa su di un apprezzamento delle “*specificità*” e “*potenzialità*” di sviluppo della gestione senza indicazione degli elementi in base ai quali il profilo verrà valutato e apprezzato; quanto al terzo, contiene un vago rinvio a “*eventuali impatti*” non meglio precisati.

A fronte del delineato contesto, la comprensione del percorso logico seguito dalla Commissione nell’attribuzione dei punteggi richiedeva la necessaria esplicitazione delle ragioni che determinavano l’attribuzione di ogni singolo punteggio.

La Commissione invece (come emerge dai verbali n. 6 del 1, n. 7 del 13 e n. 8 rispettivamente del 12, 13 e 28 settembre 2016) si limitava a compilare uno specchio/tabella per ogni Piano ove in corrispondenza delle righe riferite a ciascuna concorrente, ogni Commissario, in una propria colonna, indicava il coefficiente graduato come sopra esposto (da 0 a 1).

Tale modalità di espressione del giudizio, avuto riguardo alla evidenziata genericità dei criteri di valutazione, determina la

fondatezza del motivo in ragione della evidente omissione di una congrua motivazione.

Con l'ottavo motivo di ricorso (ultimo mirato a conseguire l'annullamento della gara) TEP deduce la violazione dell'art. 84, comma 7, del d. Lgs. n. 163/2006, dell'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990, dell'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 in ragione dell'omessa astensione di alcuni componenti la Commissione per conflitto di interesse con l'aggiudicataria e, in ragione di ciò, la violazione del principio di *par condicio* e del principio di imparzialità.

A tal proposito la ricorrente TEP riconosce che la norma che si assume essere stata violata, circa le cause di incompatibilità, rinvia all'art. 51 c.p.c. (senza invocare, peraltro, alcuna delle ipotesi ivi contemplate) ma afferma che dovrebbero trovare applicazione al caso di specie anche le disposizioni di cui all'art. 6 *bis* della L. n. 241/1990 laddove afferma un generale dovere di astensione imposto al “*responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale ...in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*” (TEP richiama altresì l'art. 24 della Direttiva 2014/24/UE; l'art. 7 del d.P.R. n. 62/2013 - *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici* e il punto 3.6 delle Linee Guida ANAC n. 5 del 16 novembre 2016 emanate a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016).

In particolare espone che il Commissario Ing Cerchier riveste la carica di Direttore presso la Azienda Trasporto Veneto Orientale, partecipata dalla Dolomiti Bus S.p.A. a sua volta partecipata dalla Autoguidovie mandante dell'ATI Busitalia, nel cui Consiglio di Amministrazione siede l'Ing Stefano Rossi, AD di Busitalia Sita

Nord, mandataria dell'ATI aggiudicataria, mentre il Commissario Dott. Pellegrino intratterrebbe rapporti professionali con l'Ing. -OMISSIS- (referente dell'aggiudicataria per la Stazione appaltante nella gara oggetto del giudizio) poiché nell'anno 2009 conseguiva il Master in gestione di Aziende di TPL presso la Società Metis S.p.A. della quale l'Ing. -OMISSIS- è consulente; svolgeva l'incarico di Direttore Studi e Mobilità di AMI S.p.A. (2004-2007) nel medesimo periodo in cui l'Ing. -OMISSIS- otteneva commesse dalla stessa Società e, infine, ricopriva l'incarico di Direttore di Pianificazione e Sviluppo Contratto di Servizio della AMT di Genova (2007-2011) mentre l'Ing. -OMISSIS- ne era l'Amministratore delegato.

La censura è infondata atteso che si risolve nell'esposizione di elementi di fatto, consistenti in pregresse esperienze lavorative di due componenti della Commissione, datate e da ritenersi non inusuali in un ambito professionale non estremamente vasto come quello dei consulenti in materia di TPL e per tali ragioni, inidonee a comprovare anche in astratto il venir meno dell'imparzialità degli stessi.

In conclusione il Collegio rileva che la fondatezza del 1°, 5° e 6° motivo del ricorso n. 128 e del 1° e 3° motivo del ricorso n. 130 determinano l'annullamento della procedura di gara.

Deve ulteriormente rilevarsi che, a prescindere dal già evidenziato esito, sarebbe risultata comunque illegittima la mancata esclusione di Busitalia dalla gara in ragione della fondatezza di un secondo ordine di doglianze formulate da TEP con il 1° motivo del ricorso n. 128, e successivamente integrate in sede di motivi aggiunti e del 2° motivo del medesimo gravame.

Con il 1° motivo di ricorso, TEP (dopo aver censurato la legittimità della ritenuta equiparazione fra servizi tramviari e filoviari) evidenzia un ulteriore profilo di criticità allegando che nella fase della stesura degli elaborati tecnici di gara la Stazione appaltante, con nota del 18 luglio 2014 affidava alla Società Lem Reply S.r.l. amministrata dall'Ing. Daniele -OMISSIS- (Amministratore con delega alla gestione operativa dell'azienda - v. *curriculum* depositato dalla ricorrente sub doc. 13), il servizio di “*Advisory tecnico trasporti per gara affidamento servizi TPL dell'ambito Tarò*” (incarico rinnovato con nota del 25 settembre 2015 sino al 31 dicembre 2016).

Contestualmente a detta attività di consulenza in favore di SMTP, il citato professionista avrebbe svolto, a partire dal 2015, l'incarico di consulenza in qualità di “*temporary manager per il perfezionamento delle operazioni societarie e organizzative relative al percorso di fusione tra Busitalia divisione Veneto (extraurbano Padova e Rovigo) e APS (urbano Paova) e alla conseguente creazione del nuovo soggetto societario Busitaliaveneto*”, nonché, in qualità di Supervisore, un incarico di consulenza per la “*Revisione e ottimizzazione dei servizi e del sistema tariffario di Busitaliaveneto conseguente all'integrazione dei servizi e dei sistemi tariffari delle due società (...) dalla cui integrazione è nata Busitaliaveneto*” (allegato “*elenco dei principali progetti di consulenza svolti in LE REPLY*” del citato *curriculum*).

La ricorrente allega ulteriormente che a far data dal mese di aprile 2016 l'Ing. -OMISSIS- avrebbe assunto l'incarico di manager addetto alla “*Pianificazione strategica e sviluppo mercati*” di Busitalia Nord come comproverebbe la circostanza che viene da quest'ultima indicato come referente interno per l'attività relativa alla procedura oggetto del presente giudizio (doc. 15).

Tale situazione di evidente incompatibilità, basata su fatti non contestati nella loro realtà fattuale da alcune delle resistenti, sarebbe sfuggita alla Stazione appaltante.

TEP, a sostegno della rilevanza della posizione espressa nell'economia del presente giudizio posizione espressa, evidenzia:

che l'art. 80, comma 5, lett. D) del D. Lgs. Nn50/2016 prevede che *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*;

che l'art. 42 della medesima fonte normativa prevede che *“si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62”*;

che l'art. 7 dello stesso Codice, infine, dispone che *“il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito*

*significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza'.*

TEP riconosce che il vigente Codice dei contratti non trova applicazione *ratione temporis* alla procedura in questione ma deduce che le esigenze tutelate dalle illustrate disposizioni sarebbero proprie di qualsiasi affidamento poiché finalizzate a garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa e, quindi, espressione di principi generali preesistenti e pienamente applicabili al caso di specie.

Sul punto Busitalia contesta l'esistenza di situazioni di conflitto di interesse riferiti al proprio Dirigente Ing. -OMISSIS- dichiarandosi *stupita* della censura atteso che la ricorrente ha la medesima compagine sociale della Stazione appaltante (Comune e Provincia di Parma), il precedente direttore di TEP è oggi Direttore di SMTP e il precedente Vice Presidente ricopre attualmente la carica di Presidente del Collegio sindacale di SMTP.

Tali evidenze, per Busitalia, comproverebbero semmai l'esistenza di profili di incompatibilità con riferimento alla posizione di TEP.

Quanto al merito della questione Busitalia rileva (con argomenti condivisi da SMTP) che all'esito della gara indetta dalla Stazione appaltante per l'affidamento della consulenza per la preparazione, espletamento e aggiudicazione della procedura di gara, l'incarico veniva affidato alla Società Lem Replay (e non l'Ing. -OMISSIS-) e che gli atti di gara predisposti da Lem Replay venivano approvati alla fine del 2015 e pubblicati il 28 dicembre 2015 “*senza alcun*

*coinvolgimento da parte dell'Ing. -OMISSIS-*" (pag. 8 della memoria di costituzione).

In ogni caso Busitalia eccepisce che la ricorrente non allega espressamente che Busitalia avrebbe tratto un vantaggio concorrenziale dalla contestata stesura degli atti di gara mentre, come affermato dalla giurisprudenza, *“laddove non si sia al cospetto di una presunzione legale iuris tantum, da vincere attraverso una prova liberatoria da parte del soggetto sospettato di versare in una condizione di indebito vantaggio competitivo, incombe su chi invoca la pretesa situazione di incompatibilità dimostrare in concreto i vantaggi tutti in sede di partecipazione alla gara in capo all'aggiudicatario”* (TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, n. 295/2017).

La censura è fondata.

Premessa l'irrelevanza della eccepita composizione societaria di TEP che viene allegata in memoria ma non viene fatta oggetto di mirata impugnazione incidentale, le difese di Busitalia e SMTP, nella parte in cui riferiscono l'attività di consulenza alla Lem Replay e non all'Ing. -OMISSIS-, sono infondate in punto di fatto come comprova la corrispondenza intercorsa fra la Società di consulenza e SMTP depositata in atti da TEP.

L'incarico di consulenza di cui si controverte, veniva accettato da Lem Replay con nota datata 18 settembre 2015 indirizzata *“Alla cortese attenzione dell'Ing. Raimondo Brizzi-Albertelli”*, responsabile della procedura: nota che recava la firma dell'Ing. -OMISSIS-.

Nell'ambito di tale rapporto contrattuale SMTP, con nota del 24 agosto 2015, comunicava a Lem Replay che si rendeva *“necessario adeguare/integrare la Vs consulenza ... con particolare riferimento (ma non esaustivamente): ... alla predisposizione di un Piano Economico-Finanziario*

*Simulato finalizzato alla determinazione delle compensazioni a copertura degli obblighi di servizio pubblico che comporranno il corrispettivo a base d'asta'.*

Anche tale nota, ancorché indirizzata a Lem Replay, reca in indirizzo la specificazione che doveva intendersi inviata alla “Att.ne Ing. Daniele -OMISSIS-” e veniva trasmessa, come è annotato nella nota medesima, “A mezzo mail: d.-OMISSIS-@replay.it”

Che l'incarico in questione sia stato assolto dall'Ing -OMISSIS- personalmente è ulteriormente comprovato dalla circostanza che viene riportato nel *curriculum* dello stesso professionista ove, è pacifico, trovano menzione le referenze della persona fisica e non certo delle società per le quali un professionista presta o ha prestato la propria attività.

Sono, altresì, comprovati, poiché risultano dallo stesso *curriculum*, i già citati rapporti che legavano l'Ing. -OMISSIS- a Busitalia Veneto precedentemente alla gara così come non è contestabile che, una volta assunto dall'aggiudicataria, quest'ultima lo investiva delle funzioni di “referente interno” ai fini della procedura di gara qui di interesse ed in tale veste veniva indicato a SMTP nell'ambito della corrispondenza intercorsa con la Stazione appaltante (v. doc. 15 di TEP nel ricorso n. 128).

In sintesi, dal raffronto fra la richiamata corrispondenza e il citato *curriculum* emerge che l'Ing. -OMISSIS-, nelle vesti di Manager di Lem Replay nel 2013 determinava il “rapporto di concambio tra Busitalia e Autoguidovie (operatori di TPL) nell'ottica di formalizzare, con uno scambio di azioni ...una partnership fra i due soggetti?” dando, quindi, vita all'ATI odierna controinteressata; nel 2013-2014 realizzava il “Programma integrato tra i due operatori clienti [APS e Busitalia Direzione Veneto]” che consentiva a Busitalia di conseguire il controverso requisito speso

nella gara oggetto del presente giudizio (1, 5 milioni di Km) e, infine, nel 2015 predisponendo la documentazione di gara relativa alla gara medesima (il cui bando veniva pubblicato nel dicembre 2015) prevedendo la contestata equiparazione fra le pregresse esperienze tramviarie e filoviarie (mai riconosciuta precedentemente) , compreso il Piano Economico Finanziario simulato da utilizzarsi a cura della Stazione appaltante per la fissazione della base d'asta e la valutazione di sostenibilità delle offerte: quest'ultimo atto segreto, non inserito nella documentazione di gara e non osteso benché richiesto dalle parti (compresa Busitalia - presso cui oggi lavora l'Ing. -OMISSIS- – che allega tale circostanza tanto in atti quanto in sede di discussione orale al fine di dimostrare di ignorarne il contenuto).

Una volta espletati i descritti incarichi, l'Ing. -OMISSIS- veniva assunto da Busitalia che partecipava (aggiudicandosela) alla gara avvalendosi, quale referente di SMTP, del medesimo professionista con il quale la Stazione appaltante si era già relazionata nella predisposizione della documentazione della stessa gara.

La Commistione di ruoli dell'Ing. -OMISSIS- nella vicenda procedimentale oggetto del giudizio è, quindi, evidente e incontestabile.

Sul punto si evidenzia che la giurisprudenza ha riconosciuto che un *“rapporto professionale, solo indiretto, con la stazione appaltante non precluda la partecipazione ad una gara d'appalto indetta da quest'ultima, in quanto la labilità del medesimo rapporto - fatta salva, ovviamente, l'ipotesi dell'interposizione fittizia del terzo, che nella specie non risulta ricorrere - non crea un autentico conflitto di interessi ovvero una disparità di trattamento tra i concorrenti”* (Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2011, n. 4438).

Tuttavia ciò che rileva nel caso di specie è la natura non indiretta del rapporto intercorso fra il professionista e la Stazione appaltante che con il primo si è interfacciata delegandogli l'elaborazione della documentazione di gara determinando, una volta intervenuta l'assunzione del professionista in Busitalia, una quanto meno potenziale situazione di vantaggio competitivo di fatto di quest'ultima fondato sulla conoscenza di elementi ignoti alle altre concorrenti.

La questione è già stata affrontata dalla giurisprudenza stabilendo che una asimmetria informativa derivante da un pregresso assolvimento di un incarico di consulenza è elemento sufficiente a determinare una situazione di conflitto di interesse (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 aprile 2016, n. 485).

A tali conclusioni il giudice perveniva, da un lato, mutuando la posizione fatta propria (e integralmente richiamata) dal Tribunale di I° grado UE, sez. II - 13/10/2015 n. 403/12 in base alla quale *“il principio delle pari opportunità impone, secondo la giurisprudenza, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica dunque che queste ultime siano soggette alle stesse condizioni per tutti tali offerenti. Il principio di trasparenza, che ne rappresenta un corollario, ha fundamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri (sentenza del 9 settembre 2009, Brink's Security Luxembourg/Commissione, T-437/05, Racc., EU:T:2009:318, punti 114 e 115)”*.

Da altro lato, richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia CE, sez. II - 3/3/2005 (in cause riunite C-21/03 e C34/03) ove statuiva

che "... la persona che ha partecipato a taluni lavori preparatori può essere favorita nel formulare la sua offerta a causa delle informazioni relative all'appalto pubblico in questione che ha potuto ottenere effettuando i detti lavori preparatori. Orbene, tutti gli offerenti devono avere le stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte (v., in tal senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punto 54)".

Quanto alla dimostrazione dell'esistenza di un vantaggio che il pregresso rapporto intercorso fra SMTP e l'Ing. -OMISSIS- avrebbe procurato alla aggiudicataria, deve ritenersi concretizzato nella preventiva ed esclusiva conoscenza di documenti, (in particolare il PEF simulato) che non dovevano essere conosciuti dalle parti (come comprova la circostanza che SMTP non li abbia mai forniti ad alcuno né li abbia versati in giudizio).

La rilevanza della preventiva e, si ripete, esclusiva conoscenza di detto documento deriva dalla natura del medesimo e dalla sua funzione nell'ambito della gara.

Contrariamente, infatti, a quanto ripetutamente sostenuto da SMTP circa la pretesa irrilevanza del PEF simulato ("*poiché si è trattato di uno strumento utilizzato dall'appaltante per definire la base d'asta ... estraneo alla procedura id gara e irrilevante al fine del presente contenzioso*" – pag. 7 della memoria SMTP del 15 settembre 2017), detto documento, come precisato dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), "*è finalizzato a stimare la congruità del corrispettivo posto a base d'asta, la sostenibilità economico-finanziaria delle offerte presentate dai partecipanti alla gara e a definire la corretta allocazione dei rischi connessi all'oggetto dell'affidamento*" (Allegato A alla Delibera n. 49 del 17 giugno 2015, Misura 12, punto 3).

E' inoltre la medesima disposizione (al successivo punto 4) che prevede che *“in sede di pubblicazione del bando di gara è reso noto il solo corrispettivo a base d'asta risultante dalla simulazione del piano economico-finanziario di cui alla presente misura”*.

L'espressa previsione della pubblicazione della sola base d'asta (non anche del PEF simulato) conferma, semmai ve ne fosse la necessità, l'entità e rilevanza del potenziale vantaggio goduto dall'aggiudicataria nell'avvalersi di un professionista che il documento riservato in questione ben conosceva avendolo redatto (si rammenta a tal proposito che Busitalia veniva sottoposta a verifica di anomalia – ambito nel quale si utilizza il PEF simulato – conseguendo un esito positivo).

Con il secondo motivo di ricorso TEP deduce la violazione degli artt. 42, 48, 74, e 230 del D. Lgs. n. 163/2006 lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria per omessa comprova dei requisiti di partecipazione nei termini di legge, nonché, l'illegittimità dell'ulteriore termine a tal fine assegnato dalla Stazione appaltante.

Esponne a tal proposito che SMTP, con nota n. 592 del 22 luglio 2016, invitava l'aggiudicataria a comprovare *ex art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006*, nel termine di 10 giorni, *“il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando”* (richiesta integrata con nota n. 594 di pari data).

Negli stessi termini Busitalia veniva, altresì, invitata a provvedere ad una regolarizzazione documentale evidenziando l'irregolarità della documentazione *“comprovante la costituzione della cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta” ex art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006* e rilevando l'incompletezza della *“Documentazione del concorrente”* da inserire nel

Plico A (Allegati B, CS08, 1.8AE, 1.8AU, 1.8C1, 1.8C2, 1.8C3, 1.8C4 e 1.8C5).

Busitalia nel termine assegnato (nota del 27 luglio 2017), produceva ulteriori autodichiarazioni circa il possesso dei requisiti *“corredate da contratti di servizio sottoscritti con le varie stazioni appaltanti”* (pag. 10 del ricorso) non fornendo quanto richiesto: omissione rilevata nella seduta del 3 agosto 2016 dalla Commissione di gara che in detta sede investiva il RUP del compito di provvedere nei confronti di Busitalia ad effettuare una apposita richiesta finalizzata *“a far suffragare la documentazione fornita a comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa con idonee attestazioni/certificazioni rilasciate degli Enti competenti, quantomeno in misura strettamente sufficiente alla bisogna, circa le percorrenze effettivamente erogate nel triennio 2012-2014 secondo l’articolazione prevista dal punto III.2.3 del Bando di Gara”*: richiesta avanzata dal RUP con nota n. 632 del 4 agosto 2016 assegnando il termine del 22 successivo (termine reiterato superiore a 10 giorni).

Busitalia, con una prima nota interlocutoria dell’8 agosto 2016, arrivava a contestare che il Bando di gara prevedesse l’acquisizione delle certificazioni richieste e, ritenendo *“di aver già assolto l’onere di comprova, sia per contenuto di quanto trasmesso, sia per termine temporale di trasmissione”*, richiamava a conforto della posizione assunta (inesistenza di un obbligo a proprio carico di acquisire e depositare quanto richiesto), l’art. 18 della L. n. 241/1990 e gli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000 affermando, altresì, l’esistenza di *“un divieto di legge”* di avanzare la richiesta in questione.

Contestualmente precisava, *“senza alcuna acquiescenza”* a quanto preteso, di aver in ogni caso provveduto a *“sollecitare i soggetti competenti”* a trasmettere direttamente le certificazioni richieste.

Solo con nota del 22 agosto 2016, evidentemente avvedutasi dell'obbligo in un primo tempo contestato, ottemperava alla citata richiesta del RUP del 3 agosto 2016.

La Commissione, nella seduta riservata dal 12 settembre 2016 prendeva atto delle produzioni dell'aggiudicataria ritenendo avvenuta, e solo allora, la comprova dei requisiti cui la richiesta era finalizzata.

L'aggiudicataria eccepisce la tardività della censura atteso che il vizio rilevato si sarebbe manifestato in sede di comprova del possesso dei requisiti (luglio 2016) senza alcuna reazione da parte della ricorrente che sarebbe, quindi, decaduta dalla possibilità di farlo valere successivamente.

In ogni caso SMTP non avrebbe proceduto in applicazione dell'invocato art. 48 e, pertanto, non rileverebbero in questa sede i profili di violazione di detta norma dedotti dalla ricorrente.

La nota del 22 luglio 2016 con la quale veniva richiesto di comprovare i requisiti di partecipazione nel termine di dieci giorni, infine, non conteneva alcun ammonimento circa eventuali conseguenze in caso di tardivo deposito di quanto richiesto.

Il motivo è fondato.

*In primis* deve respingersi l'eccezione di tardività poiché la gara in questa sede censurata si svolgeva nella vigenza del previgente D. Lgs. n. 163/2006 che non prevedeva, a differenza del sopravvenuto D. Lgs. n. 50/2016, un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti relativi all'ammissione dei concorrenti.

Sempre in via preliminare si rileva l'insussistenza di un obbligo da parte della Stazione appaltante di provvedere in proprio all'acquisizione della documentazione in esame poiché quanto

richiesto *ex art. 48* non è qualificabile in termini di “*atti, fatti, qualità e stati soggettivi*” nei sensi di cui all’art. 18, comma 2 della L. n. 241/1990, né si tratta di dati “*attestati in documenti di identità o di riconoscimento in corso di validità*” nei sensi di cui all’art. 45 del d.P.R. n. 445/2000.

Non può, inoltre, ritenersi, come affermano tanto da SMTP che da Busitalia, che le produzioni documentali fossero già complete alla data del 27 luglio 2016 e che la successiva richiesta riguardasse mere integrazioni di quanto già esaustivamente prodotto.

Come parzialmente anticipato, nella seduta del 3 settembre, nella quale la Commissione procedeva alla verifica del corretto adempimento di quanto disposto con “*le lettere trasmesse dal RUP ai concorrenti ai fini della regolarizzazione documentale dell’offerta presentata e della verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria*”, veniva accertata l’incompletezza di quanto prodotto da Busitalia rilevando la necessità di richiedere alla concorrente “*di suffragare la documentazione fornita a comprova dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa con idonee attestazioni/certificazioni rilasciate dagli Enti competenti, quanto meno in misura strettamente sufficiente alla bisogna circa le percorrenze effettivamente erogate nel triennio 2012-2014 secondo l’articolazione prevista dal punto III.2.3) del Bando di Gara ...*”.

Solo a seguito della tardiva produzione di Busitalia del 22 agosto (a termini *ex art. 48* già scaduti) la Commissione, nella seduta del 12 settembre 2016 dava atto che l’aggiudicataria “*ha fatto prevenire attestazioni/certificazioni degli Enti competenti relative alle percorrenze seguite, con ciò validamente suffragando la documentazione già fornita per la verifica del possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa, ed ha pertanto prodotto*

*documentazione formalmente e sostanzialmente corrispondente ai fini del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativi richiesti nel Bando di gara”.*

La descritta sequenza procedimentale comprova che allo scadere del termine di legge Busitalia non comprovava il possesso dei requisiti tecnici di cui alla richiesta *ex art. 48* avanzata dall’Amministrazione e che vi ha invece adempiuto solo con le successive produzioni del 22 agosto a temine già spirato.

Circa la rilevanza di tale omessa/tardiva produzione, il Collegio evidenzia che l’art. 230, comma 2, del D. lgs. n. 163/2006 (a norma del quale *“le norme della presente parte [Parte III, ndr] si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo”*), applicabile al caso di specie in forza di quanto disposto dall’art. 210 del medesimo testo normativo, stabilisce che *“per l’accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi dell’articolo 232, applicano gli articoli da 39 a 48”*.

L’art. 48, comma 1, dispone che *“le stazioni appaltanti prima di procedere all’apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all’unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”* e al successivo comma 2 che *“la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all’aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria”*.

Quanto all'applicabilità della disposizione, e del termine in essa previsto, la giurisprudenza ha chiarito che *“sarebbe, inoltre, pacifico che l'art. 48 D. Lgs. n. 163/2006 in tema di verifica del possesso dei requisiti di qualificazione, trovi applicazione anche negli appalti afferenti ai c.d. settori speciali, giusta le previsioni espresse dall'art. 230 D. Lgs. n. 163/2006”* (Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4889).

Che la Stazione appaltante abbia proceduto in applicazione di detta norma non trova smentita, come eccepisce Busitalia, sulla base della circostanza che la Stazione appaltante non abbia proceduto, come stabilito dall'art. 48, al sorteggio di un numero non inferiore al 10% dei concorrenti.

A tacere del fatto che la richiesta indirizzata alla aggiudicataria veniva espressamente avanzata ai sensi della norma in questione, deve evidenziarsi che SMTP, in ragione del limitato numero di partecipanti, procedeva alle verifiche dei requisiti relativamente a tutti e 3 i partecipanti.

Circa la natura del termine di 10 giorni entro il quale le concorrenti sono chiamate a comprovare il possesso dei requisiti, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che *“ai sensi dell'articolo 48, comma 2, del Codice l'aggiudicatario, e il secondo classificato, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico - organizzativi ed economico - finanziari entro il termine di dieci giorni dalla data della richiesta e che tale termine ha natura perentoria (in tal senso -ex multis -: Cons. Stato, Ad. Plen. 10 del 2014; id., V, 4765 del 2015)”* (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3753).

La perentorietà del termine non consente di considerare assolto l'onere di comprova dei requisiti di partecipazione mediante produzioni tardive, ancorché in esito ad una illegittima reiterazione

della richiesta ad opera della Stazione appaltante poiché, riconoscendo una tale possibilità, si legittimerebbe un aggiramento della norma di legge.

Risulta pertanto inibito, in simili ipotesi, il ricorso al c.d. *“soccorso istruttorio”*.

Il principio trova conferma in giurisprudenza laddove si precisa che *“occorre ritenere che il c.d. soccorso istruttorio riguarda la sola fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti per l'ammissione alla gara, ma non anche la fase del controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa il cui possesso sia stato dichiarato nel segmento procedimentale anzidetto. In altri termini, una cosa è verificare le dichiarazioni relative ai requisiti necessari per l'ammissione alla gara, altra cosa è verificare che i requisiti dichiarati sussistono. Il c.d. soccorso istruttorio, ivi compreso il soccorso rinforzato, attiene alla fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali, non anche alla fase della comprova della loro sussistenza. Infatti, l'art. 46, comma 1, obbliga le stazioni appaltanti al soccorso nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 ed il terzo comma specifica che le disposizioni sul c.d. soccorso istruttorio rinforzato si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni”* (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 3580).

Per quanto precede, previo rigetto delle censure *“escludenti”* oggetto dei due scrutinati ricorsi incidentali, entrambi i ricorsi principali (n. 128/2017 e 130/2017), devono essere accolti limitatamente alla domanda di annullamento dell'intera procedura di gara con assorbimento delle ulteriori censure (principali o incidentali).

In conseguenza di detto esito, le spese di giudizio sono così ripartite:  
- € 5.000,00 oltre IVA e CPA a carico di ciascuna resistente in favore di TEP, oltre la refusione in solido dei contributi unificati versati;

- € 3.000,00 oltre IVA e CPA a carico di ciascuna resistente in favore di TPER, oltre alla refusione in solido del contributo unificato;
- € 2.000,00 a carico di Busitalia in favore di SMTP.

In ragione della *singolarità* degli elementi di fatto illustrati in sede di scrutinio del primo motivo del ricorso n. 128/2017 proposto da TEP (relativi alla situazione di conflitto di interessi allegata da TEP) il Collegio ritiene di dover trasmettere -OMISSIS-Parma affinché valuti la sussistenza di eventuali profili di interesse.

Per le medesime ragioni la sentenza dovrà essere trasmessa, -OMISSIS-.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese a carico come da motivazione.

Dispone a cura della Segreteria la trasmissione del-OMISSIS--OMISSIS-.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento, tanto in motivazione quanto in dispositivo, di ogni riferimento alle disposte trasmissioni.

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

Alfonso Graziano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Marco Poppi**

**IL PRESIDENTE**

**Sergio Conti**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.