

Publicato il 17/05/2017

N. 01109/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02884/2016 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2884 del 2016, proposto da:
Scambus Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avvocati Fabio Romanenghi e Carlo Andena, con
domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Corso di Porta
Vittoria, 28;

contro

Università degli Studi di Milano - Bicocca, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato di Milano, domiciliata in Milano, via
Freguglia, 1;

nei confronti di

Air Pullman Noleggi Srl, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Carnielli e Francesco
Versaci, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Bigli,
19;

per l'annullamento

- della deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca del 24.10.2016 con la quale è stato aggiudicato in via definitiva, in esito a procedura aperta, l'appalto avente a oggetto "Affidamento del servizio di trasporto eco bus navetta

dell'Università degli studi di Milano - Bicocca" alla ditta Air Pullman Noleggi S.r.l. limitatamente al lotto n.1, di cui all'avviso di aggiudicazione;

- sempre limitatamente al lotto n. 1, dei verbali di gara: n. 2 (relative alle operazioni di valutazione tecnica delle offerte) e allegate schede di attribuzione dei punteggi; nn. 3, 4 e 5 (relativi alle operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata e al giudizio di congruità e affidabilità della stessa); n. 6 (relative alla comunicazione dell'esito della verifica dell'anomalia e all'aggiudicazione provvisoria);

- del bando di gara e del disciplinare di gara per la parte in cui vengono previsti gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso a quelli di cui sopra, ivi compreso il contratto eventualmente stipulate con l'aggiudicataria;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e/o per il subentro nell'affidamento del contratto o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca e di Air Pullman Noleggi Srl;

Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Università degli Studi di Milano – Bicocca (di seguito, anche solo “Università”), indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto Ecobus Navetta all'interno delle strutture ospitanti l'attività dell'Ateneo, site nei comuni di Milano, Monza, Cinisello Balsamo e Sesto San Giovanni; in pratica il servizio di trasporto degli alunni e dei dipendenti dell'Università per lo svolgimento delle normali attività didattiche.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 60 punti su 100 all'offerta tecnica e di 40 punti su 100 a quella economica.

L'appalto era suddiviso in tre lotti.

Al termine della procedura, il lotto n. 1 – quello che interessa la presente impugnativa – era aggiudicato ad Air Pullman Noleggi Srl (di seguito, anche solo “Air Pullman”), che otteneva complessivamente 85,79 punti, mentre seconda si classificava Scambus Srl, con 85,00 punti.

Quest'ultima proponeva di conseguenza il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio l'Università ed Air Pullman Noleggi Srl, concludendo per l'inammissibilità e in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 12.1.2017, la domanda di sospensiva era accolta con ordinanza della Sezione IV n. 96/2017.

Alla pubblica udienza del 4.5.2017, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 La difesa di Air Pullman eccepisce dapprima la tardività della notificazione del ricorso, in quanto l'esponente avrebbe avuto piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione per effetto della partecipazione, alle sedute pubbliche della commissione di gara, del proprio legale rappresentante.

In particolare, quest'ultimo era presente alla seduta del 21.10.2016, nella quale la Commissione aveva formulato la proposta di aggiudicazione per il lotto n. 1 all'attuale controinteressata (cfr. la copia del verbale, doc. 12 di Air Pullman).

L'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività della notificazione è manifestamente infondata.

All'esito della seduta del 21.10.2016, la Commissione aveva formulato una (così testualmente nel verbale citato), "proposta di aggiudicazione dei Lotti 1, 2 e 3 a Air Pullman...", evidenziando altresì che l'aggiudicazione sarebbe divenuta efficace solo dopo la verifica di tutti i requisiti ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016.

Orbene, come espressamente previsto dall'art. 120, comma 2 *bis* del c.p.a. (norma certamente applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie), l'impugnazione della proposta di aggiudicazione (cfr. gli

articoli 32 e 33 del D.Lgs. 50/2016) non è ammissibile, trattandosi di un atto endoprocedimentale.

1.2 Air Pullman eccepisce altresì un presunto difetto di interesse della ricorrente, in quanto l'offerta tecnica della stessa sarebbe identica alla propria, che l'esponente reputa anomala.

Anche tale eccezione è palesemente priva di pregio; l'eventuale illegittimità dell'offerta della ricorrente – o meglio della determinazione amministrativa di ammissione dell'offerta stessa alla gara – avrebbe dovuto essere oggetto tutt'al più di un eventuale ricorso incidentale, non essendo ammissibili le doglianze esposte soltanto nella memoria difensiva.

1.3 Da ultimo, deve respingersi anche l'eccezione di tardività riferita all'impugnazione del bando e degli altri atti di gara (Disciplinare e Capitolato), posto che la contestazione di tali atti è svolta in ricorso in via meramente subordinata (motivi IV e V), ma tali censure devono reputarsi assorbite per effetto dell'accoglimento del secondo mezzo di gravame, come sarà di seguito esposto.

2.1 Nel merito, il presente ricorso deve essere accolto, essendo fondato l'assorbente motivo n. II, che lamenta l'anomalia dell'offerta di Air Pullman, o meglio l'illogicità e l'erroneità della valutazione della congruità dell'offerta medesima svolta dalla stazione appaltante. La commissione di gara, infatti, dopo l'apertura delle offerte economiche, aveva disposto la verifica di anomalia dell'offerta di Air Pullman, chiedendo spiegazioni alla medesima società, ai sensi dell'art. 97, comma 5, del D.Lgs. 50/2016 (cfr. il verbale del 9.9.2016, doc. 2 della ricorrente).

In esito alle successive sedute del 6 e del 18 ottobre 2016, la commissione esaminava i documenti trasmessi dall'operatore ed

analizzava nuovamente l'offerta dello stesso, reputandola nel complesso congrua ed affidabile (cfr. ancora per i verbali delle sedute, il doc. 2 della ricorrente, oltre al doc. 8 della stessa, vale a dire le giustificazioni di Air Pullman).

Nel motivo n. 2 del gravame, è contestato l'operato della commissione sotto vari profili, che meritano tutti condivisione.

Sul punto, giova premettere che, se è pur vero che la valutazione dell'anomalia dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, è parimenti innegabile che la determinazione dell'amministrazione può essere censurata dal giudice amministrativo in caso di errori in fatto o di evidente illogicità (cfr., fra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. V, 24.4.2017, n. 1896 e TAR Lombardia, Milano, sez. I, 27.4.2017, n. 963, con la giurisprudenza ivi richiamata).

Nel caso di specie, la commissione ha esaminato dapprima il costo del carburante (si veda ancora il verbale n. 4 del 6.10.2016, doc. 2 della ricorrente e doc. 8 di Air Pullman), calcolando le distanze da coprirsi nello svolgimento del servizio ed il costo medio del gasolio, stimato in euro 0,856 al litro.

Tuttavia, la stima del costo al litro del carburante appare già di per sé erronea, considerato che la commissione ha malamente utilizzato una tabella tratta dal sito web del Ministero dei Trasporti ed allegata al proprio verbale del 6.10.2016.

Infatti il citato prezzo di 0,856 euro al litro (il più basso di quelli esposti in tabella) riguarda i veicoli di massa superiore a 7,5 tonnellate, che hanno però ottenuto dall'Agenzia delle Dogane uno sconto sulle accise, vale a dire una sostanziale agevolazione fiscale.

Nella presente fattispecie, però, non vi è alcuna prova che Air Pullman possa beneficiare di tale agevolazione tributaria; anzi la documentazione proveniente dalla stessa Agenzia delle Dogane pare escludere che lo sconto fiscale sia applicabile (cfr. i documenti 11 e 12 della ricorrente); in ogni caso – e la circostanza appare dirimente – tale agevolazione deve essere espressamente chiesta dal contribuente all’Agenzia fiscale e non costituisce certo un automatismo, come sembra invece avere ritenuto la commissione, fra l’altro in mancanza di ogni prova offerta sul punto dalla società Air Pullman, la quale si è invece limitata ad inviare alla stazione appaltante soltanto documentazione inerente all’ammortamento dei propri automezzi (cfr. i documenti 9, 10 e 10 *bis* della controinteressata).

Il riferimento al citato costo del carburante da parte della commissione ha portato alla conclusione che il costo complessivo del gasolio indicato nell’offerta economica dell’aggiudicataria (cfr. il doc. 7 B della controinteressata) è maggiore di quello ricalcolato dalla commissione stessa, che ha finito così per reputare addirittura sovrastimata l’offerta di Air Pullman.

Ancora, nella quantificazione dei costi per il personale, la commissione ha deciso di non valutare la voce di costo relativa alla figura del “Coordinatore esercizio”, reputando la presenza di tale figura come meramente eventuale e quindi irrilevante ai fini del costo.

Tale scelta dell’amministrazione appare però illogica, in quanto non si comprende come la commissione possa prescindere da un costo che la stessa impresa aggiudicataria ha espressamente dichiarato di sostenere nella propria offerta economica (cfr. ancora il doc. 7 B

della controinteressata); in tal caso, infatti, la commissione ha finito per sostituirsi all'offerente, riformulando illegittimamente l'offerta medesima.

D'altronde, l'offerta tecnica di Air Pullman menziona la figura del coordinatore (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 3), per cui l'operato della commissione finisce anche per snaturare l'offerta tecnica medesima.

Inoltre, nella stima dei costi per il servizio, la commissione non ha tenuto in considerazione i costi – di carburante e di personale – sostenuti da Air Pullman per coprire la tratta fra le sedi dell'Università e le rimesse dei propri automezzi, site (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 2) nei comuni di Cologno Monzese e Somma Lombardo, rimesse dalle quali i veicoli escono la mattina per ritornare la sera.

I chilometri giornalieri percorsi (si tratta di alcune decine, vista la distanza fra l'Università e le sedi aziendali, cfr. i documenti 9 e 10 della ricorrente) non sono stati oggetto di valutazione, nonostante l'aggiudicataria abbia indicato un tempo orario di impiego dei mezzi (cfr. il doc. 8 della ricorrente) più ampio di quello risultante dal programma di esercizio per il lotto n. 1 allegato al capitolato speciale d'appalto (cfr. il doc. 5 della ricorrente, allegato "A").

Infatti, nel citato programma, la prima partenza è fissata per le ore 7.45, mentre l'aggiudicataria, nella sua nota (doc. 8 della ricorrente), ha indicato l'inizio del servizio alle ore 7.00.

La commissione, in sede di valutazione dell'anomalia, ha considerato un numero di chilometri giornalieri pari a 61,40 corrispondenti a quelli indicati nel capitolato, che riguardano però le sole tratte interne

all'Università e non quelle mattutine e serali di spostamento degli automezzi (cfr. ancora il citato doc. 5, allegato "A").

In definitiva, la valutazione dell'anomalia dell'offerta condotta dalla stazione appaltante appare illegittima, per le ragioni sopra esposte.

A diversa conclusione non induce la lettura della perizia stragiudiziale depositata in vista dell'udienza pubblica da Air Pullman (cfr. il doc. 14 di quest'ultima).

Si tratta, in primo luogo, di una perizia di parte, che la difesa della ricorrente ha contestato in maniera analitica nelle memorie finali; inoltre – e tale circostanza appare dirimente – la stessa contiene giustificazioni dell'offerta economica della controinteressata nuove e diverse rispetto a quelle valutate dalla commissione, anche alla luce dei documenti trasmessi dall'operatore (il quale, giova ricordare, aveva inviato documentazione riguardante soltanto l'ammortamento dei mezzi ma non i costi del personale o del carburante).

Anzi, a pag. 7 della perizia viene addirittura censurato l'operato della commissione, che avrebbe tenuto conto di dati di consumo non realistici, sicché il procedimento di verifica da parte della commissione è qualificato come "errato" dallo stesso tecnico della parte controinteressata.

La produzione giudiziale della perizia, pertanto, al di là della questione della sua correttezza tecnica che non appare dirimente in questa sede, risulta irrituale, posto che attraverso la stessa Air Pullman finisce per muovere addirittura critiche ad un provvedimento dell'amministrazione a sé favorevole (vale a dire la valutazione di congruità della propria offerta), proponendo per così dire al Collegio delle giustificazioni diverse da quelle individuate dall'amministrazione, il che non appare ammissibile.

Si conferma, quindi, l'accoglimento del secondo mezzo di gravame, con assorbimento delle altre censure, peraltro proposte in via subordinata.

2.2 Per effetto del citato accoglimento, deve essere annullato il provvedimento di aggiudicazione a favore di Air Pullman, con conseguente riformulazione della graduatoria per il lotto n. 1, avente ora quale prima impresa concorrente Scambus Srl, con i citati punteggi di 45,00 per l'offerta tecnica e 40,00 per quella economica (cfr. il verbale n. 3/2016, doc. 2 della ricorrente).

L'amministrazione dovrà quindi riavviare il procedimento partendo dalla nuova graduatoria.

3. Le spese della presente fase di merito seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, salva la pronuncia sulle spese disposta con l'ordinanza cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'Università degli Studi di Milano – Bicocca e Air Pullman Noleggi Srl, in solido fra loro, al pagamento a favore di Scambus Srl delle spese di lite, che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%), e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO