

Publicato il 23/03/2017

N. 00402/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00788/2015 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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 788 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Line Servizi per la Mobilita' S.p.A., S.T.N. Societa' Trasporti Novaresi S.r.l., Baranzelli Natur S.r.l., Autoservizi Comazzi S.r.l., S.A.F. Societa' Autoservizi Fontaneto S.r.l., Pirazzi Autoservizi S.r.l. (in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t.), tutte in nome proprio e in qualità di componenti del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese di cui è capogruppo mandataria designata Line Servizi per la Mobilita' S.p.A., rappresentate e difese dagli avvocati Vilma Aliberti, Mario Sandretto, Riccardo Ludogoroff, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Ludogoroff in Torino, corso Montevecchio, 50;

contro

Provincia di Novara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Edoardo Pozzi, domiciliato ex

art. 25 cpa presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

Regione Piemonte e Comune di Novara, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Sun S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con Gruppo Torinese Trasporti S.p.A., Savda Autoservizi Valle d'Aosta S.p.A., S.V.A.P. Società Cooperativa, V.I.T.A. - Valdostana Impresa Trasporti Automobilistici S.p.A., Tundo Vincenzo S.p.A. rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Dealessi, Anna Casavecchia, Massimo Malena, Bruno Bitetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Dealessi in Torino, corso Stati Uniti, 62;

Autoguidovie S.p.A., Gruppo Torinese Trasporti S.p.A., Savda Autoservizi Valle D'Aosta S.p.A., Società Valdostana Autoservizi Pubblici - S.V.A.P. Società Cooperativa, V.I.T.A. - Valdostana Impresa Trasporti Automobilistici S.p.A., Tundo Vincenzo S.p.A. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

A) con l'atto introduttivo del giudizio:

- dell' "*Avviso di gara*" pubblicato sulla GURI in data 1.4.2015;
- del "*Bando di gara per l'affidamento ad unico gestore mediante gara pubblica dei servizi di trasporto pubblico locale urbano, suburbano ed extra urbano. Procedura ristretta ai sensi dell'art. 55 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.*" nonché del Bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea;
- del "*Disciplinare di gara*" e relativi allegati;
- del "*Capitolato*" e relativi allegati;

- della determina a firma del Dirigente di Settore 25.3.2015 di approvazione dei documenti di gara;
 - della nota della Provincia di Novara prot. 84735 dell'8.6.2015 recante "*Lettera di invito a presentare offerta*";
 - della nota della Provincia di Novara prot. 84909 dell'8.6.2015 con cui sono stati trasmessi in formato zip il Disciplinare di gara nonché il Capitolato ed i relativi loro allegati;
 - della nota della Provincia di Novara prot. 86941 dell'11.6.2015 nel contesto della quale, dandosi atto che i files dei documenti di gara trasmessi con la nota dell'8.6.2015 erano illeggibili, si è ritrasmessa la medesima documentazione di gara, anche in formato PDF, "*con i necessari accorgimenti atti a renderne possibile la consultazione*";
 - del verbale della seduta di prequalifica del 3.6.2015 e della determina dirigenziale n. 1273 dell'8.6.2015, citata nel contesto della lettera di invito e concernente l'ammissione dei concorrenti;
 - della determina dirigenziale 28.5.2015 con la quale è stata nominata "*la Commissione per la valutazione delle domande di prequalifica per l'affidamento dei servizio di TPL urbano, suburbano ed extraurbano*";
 - dell' "*Avviso di preinformazione*" pubblicato sulla GUCE;
- nonché per l'annullamento di ogni altro atto presupposto, consequenziale, connesso, conseguente o collegato ai provvedimenti impugnati.

B) nonché, con motivi aggiunti depositati in data 18/3/2016,

avverso il silenzio

serbato dall'Amministrazione in ordine all'istanza volta all'esclusione

- per mancata indicazione dei costi aziendali per la sicurezza - del costituendo Raggruppamento temporaneo fra SUN S.p.a. (capogruppo mandataria designata), GTT S.p.a., SAVDA S.p.a.,

S.V.A.P società Cooperativa, V.I.T.A. S.p.a. e Tundo Vincenzo S.p.a.
(mandanti);

nonché per l'accertamento

dell'obbligo della Provincia di Novara di provvedere in relazione a detta istanza disponendo l'esclusione del costituendo Raggruppamento SUN S.p.a. con aggiudicazione alle ricorrenti.

C) nonché, con due atti di motivi aggiunti depositati entrambi in data 3/10/2016,

- della determinazione dirigenziale n. 1423 del 18/8/2016 di affidamento del servizio oggetto di gara al raggruppamento che ha per capogruppo mandataria designata SUN S.p.a.;

- della comunicazione di intervenuta aggiudicazione prot. 28396 del 19/8/2016;

- della nota prot. 27868 dell'11/8/2016 a firma del RUP;

- dei seguenti verbali della Commissione di Gara (limitatamente alle parti lesive oggetto di censura e nel rispetto della graduazione dei motivi): verbali delle sedute del 28/10/2015; dell'11/11/2015; del 19/11/2015; del 30/11/2015; dell'11/12/2015; del 16/12/2015 e del 23/12/2015;

- dei seguenti verbali della Commissione nominata per la valutazione dell'anomalia dell'offerta: verbali delle sedute del 21/07/2016; del 27/07/2016 e del 28/07/2016;

- dei seguenti provvedimenti del Settore Urbanistica e Trasporti della Provincia di Novara di nomina della Commissione di Gara e della Commissione nominata per la valutazione dell'anomalia dell'offerta (nel rispetto della graduazione dei motivi e limitatamente alle parti oggetto di censura): D.D. n. 2036/2015 del 21-29/09/2015; D.D. n. 2210/2015 del 28/10/2015; D.D. n. 942/2016 del 01- 08/06/2016;

D.D. n. 1092/2016 del 28-30/06/2016; D.D. n. 1168/2016 del 14/07/2016.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Novara e di Sun S.p.A., nonché il ricorso incidentale proposto dalla società controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2017 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con bando del 25/3/2015 la Provincia di Novara ha indetto una procedura ristretta, ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del *“Servizio di trasporto pubblico locale (“TPL”) Urbano, Suburbano ed Extraurbano, oltre i sostitutivi FS sulle linee ferroviarie sospese ed in esercizio nel Bacino della Provincia, del Comune e della Conurbazione di Novara”* (durata dell'appalto: un anno con facoltà di proroga del servizio per ulteriori 12 mesi; importo a base d'asta: euro 12.320.489,70 compresa Iva; criterio di aggiudicazione: all'offerta economicamente più vantaggiosa).

2) Le società ricorrenti (Line Servizi per la mobilità s.p.a. in qualità di capogruppo mandataria designata; S.T.N. Società trasporti novaresi s.r.l., Baranzelli Natur s.r.l., Autoservizi Comazzi s.r.l., S.A.F. Società Autoservizi Fontaneto s.r.l., Pirazzi Autoservizi s.r.l., in qualità di mandanti) hanno presentato, in costituendo raggruppamento,

domanda di partecipazione alla gara in questione entro il previsto termine del 18/5/2015 e hanno quindi ricevuto dalla Provincia di Novara lettera (datata 8/6/2015) di invito a presentare l'offerta.

3) Con l'atto introduttivo del giudizio, depositato il 14/7/2015, le predette società hanno impugnato gli atti della *lex specialis* di gara (avviso, bando, disciplinare, capitolato, lettera di invito) nonché quelli di ammissione dei concorrenti e di nomina della commissione per la valutazione delle domande di prequalifica formulando, attraverso dieci distinti motivi, molteplici censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio la Provincia di Novara.

4) Nel termine prescritto sono pervenute due offerte: una presentata dal costituendo raggruppamento capeggiato da Line Servizi per la mobilità s.p.a. (d'ora in avanti anche RTI Line); un'altra presentata, in costituendo raggruppamento, dalle società Sun s.p.a., Gruppo Torinese Trasporti s.p.a., Savda Autoservizi Valle d'Aosta s.p.a., S.V.A.P. Società cooperativa, V.I.T.A. - Valdostana Impresa Trasporti Automobilistici s.p.a., Tundo Vincenzo s.p.a. (d'ora in avanti anche RTI Sun).

Dagli atti acquisiti al giudizio risulta che la Commissione di gara si è riunita per l'esame delle offerte in data 28/10/2015, 11/11/2015, 19/11/2015, 30/11/2015, 2/12/2015, 11/12/2015, 16/12/2015. In quest'ultima occasione la Commissione ha comunicato i punteggi relativi all'offerta tecnica (punti 51,920 per RTI Line e punti 48,852 per RTI Sun) e ha quindi proceduto all'apertura delle offerte economiche, attribuendo poi i seguenti punteggi finali: RTI Line punti 66,521; RTI Sun punti 88,852. Quest'ultima offerta è stata

giudicata anomala. Nella medesima seduta il rappresentante del RTI Line ha contestato la mancata specificazione degli oneri di sicurezza interna nell'offerta economica del RTI Sun; la Commissione si è riservata di valutare la questione *“a seguito di approfondimenti”*. Nella seduta del 23/12/2015 il predetto organo collegiale ha deciso *“di non esprimere un parere al riguardo”* (stante la *“esistenza di numerose sentenze contrastanti”*) e di ritenere *“concluso il proprio operato”*.

5) Con atto di motivi aggiunti depositato il 18/3/2016 le società ricorrenti hanno agito contro il silenzio serbato dall'Amministrazione in ordine all'istanza da loro formulata, volta all'esclusione del RTI Sun per mancata indicazione nell'offerta dei costi aziendali per la sicurezza.

Con sentenza non definitiva n. 1021 del 15 luglio 2016 questo Tribunale ha accolto il ricorso di cui sopra, proposto ai sensi dell'art. 31 c.p.a., *“limitatamente alla sussistenza dell'obbligo della Provincia di Novara di evadere con provvedimento espresso le istanze presentate da parte ricorrente il 22/12/2015, 19/01/2016 e 4/02/2016”*.

6) Con nota dell'11/8/2016 il Responsabile unico del procedimento relativo alla gara di cui si tratta ha comunicato al RTI Line, a riscontro delle precedenti istanze di quest'ultima, *“di condividere l'operato della Commissione e pertanto di confermare la non esclusione del RTI SUN SPA”*. Quindi, con determinazione dirigenziale n. 1423 del 18/8/2016 l'appalto relativo ai servizi di TPL oggetto di causa è stato aggiudicato al Raggruppamento capeggiato da Sun s.p.a. (per un importo di euro 9.883.552,83 Iva esclusa).

7) Con atto di motivi aggiunti depositato il 3/10/2016 le imprese ricorrenti hanno esteso l'impugnazione alla citata determinazione dirigenziale di aggiudicazione, nonché agli atti di gara, prospettando

(attraverso sette distinte censure) vizi di violazione di legge ed eccesso di potere.

Un terzo atto di motivi aggiunti è stato successivamente notificato, ma anch'esso depositato il 3/10/2016, con specifico riferimento al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta avversaria.

8) La Provincia di Novara ha depositato memorie difensive per resistere ai motivi aggiunti, mentre Sun s.p.a. si è costituita in giudizio in proprio e in qualità di capogruppo del RTI costituendo con GTT s.p.a., Savda s.p.a., S.V.A.P. Soc. Coop., V.I.T.A. s.p.a., Tundo Vincenzo s.p.a.; ha quindi depositato una memoria, nonché un ricorso incidentale.

9) Nella camera di consiglio del 13 dicembre 2016 il TAR, con l'ordinanza n. 464, ha accolto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara impugnato con i motivi aggiunti.

10) Le parti hanno depositato ulteriori scritti in vista dell'udienza del 15 febbraio 2017, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

A) Le censure formulate nel ricorso originario contro gli atti di indizione della gara.

1.1) *Indeterminatezza della legge di gara. Violazione dei principi di libera concorrenza e di par condicio dei concorrenti di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006. Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 Costituzione* (si fa riferimento alla mancanza di specifiche indicazioni per quanto riguarda modalità e condizioni della messa a disposizione dei beni essenziali, comprendenti il materiale rotabile, le infrastrutture e gli altri beni strumentali, con radicale indeterminatezza degli elementi necessari

per costruire l'offerta e con grave alterazione della *par condicio* a vantaggio del soggetto – Sun s.r.l., gestore del servizio urbano di Novara e partecipante alla gara - che di tali beni è proprietario).

1.2) *Indeterminatezza della legge di gara sotto ulteriore profilo. Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 Costituzione* (si fa riferimento alla mancata specificazione delle agevolazioni tariffarie previste e delle relative compensazioni).

1.3) *Eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti. Irragionevolezza manifesta nella determinazione della consistenza del parco autobus richiesto. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 41 Costituzione e all'art. 2 D.Lgs. 163/2006. Violazione della par condicio* (la consistenza numerica del parco autobus prescritta dalla stazione appaltante è largamente sovradimensionata e lede l'autonomia organizzativa di impresa determinando costi inutili e spropositati).

1.4) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 11, comma 4, L.R. n. 1/2000. Violazione delle norme e dei principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 41 Costituzione e all'art. 2 D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti. Indeterminatezza della legge di gara sotto ulteriore profilo. Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 Costituzione* (è illegittima la “clausola sociale” ex art. 8 del capitolato che prevede il trasferimento al soggetto aggiudicatario del personale dipendente dal gestore uscente, perché non tiene conto dell'organizzazione di impresa del subentrante; con riferimento a tale personale mancano poi

indicazioni precise sui contratti applicabili e sui relativi costi per addetto).

1.5) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 83 D.Lgs. 163/2006. Mancata predeterminazione da parte della lex specialis dei criteri di valutazione inerenti la qualità dell'offerta tecnica. Eccesso di potere per errore essenziale. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 2 D.Lgs. 163/2006. Violazione della par condicio* (per 22 punti la valutazione dell'offerta tecnica è lasciata alla totale discrezionalità della commissione di gara, senza che siano specificati i relativi criteri: ciò in violazione delle norme citate).

1.6) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento agli art. 4 e 7 D.Lgs. 9/10/2002 n. 231 come modificati dal D.Lgs. 9/11/2012 n. 192. Eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti. Ingiustizia grave e manifesta* (è illegittima, per violazione delle norme citate, la clausola di cui all'art. 6.1 dello “*Schema di contratto di servizio*” che rende incerta la tempistica del pagamento dei corrispettivi spettanti al gestore del servizio, subordinandola ai trasferimenti regionali, cioè ai possibili ritardi di un ente terzo; è illegittima anche la clausola di capitolato che consente variazioni del corrispettivo chilometrico nei limiti del 2% restando invariato il corrispettivo economico).

1.7) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento agli articoli 3-bis DL 138/2011, 13 comma 2 DL 150/2013 e 5 comma 1 bis LR n. 1/2000. Incompetenza della Provincia. In ogni caso: incompetenza della Provincia ad indire una gara riferita ad ambito territoriale diverso rispetto a quello di bacino e senza il rispetto delle modalità procedurali previste dall'art. 5 comma 1 bis LR n. 1/2000* (la normativa statale e regionale vigente impone di svolgere gare per l'affidamento dei servizi pubblici quali

quello di trasporto pubblico locale a livello di bacino, che nella specie comprende le province di Vercelli, Novara, Biella e V.C.O.; non rientra dunque nella competenza della Provincia di Novara l'indizione della gara di cui si discute, che non è a livello di bacino; si prospetta altresì una questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 comma 1 bis LR n. 1/2000 per contrasto con l'art. 117 comma 2 lett. e) Costituzione, in quanto confliggente con la normativa statale di riferimento).

1.8) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'articolo 10 comma 2 della Legge Regionale Piemonte 4 gennaio 2000 n. 1, nonché con riferimento all'articolo 10 comma 2.1 della medesima Legge Regionale quale aggiunto dall'articolo 23 comma 2 della Legge Regionale Piemonte 7 marzo 2013 n. 8. In ogni caso, eccesso di potere per errore essenziale, carenza assoluta di presupposti ed irrazionalità manifesta circa la scelta di affidare la gestione del servizio per un solo anno di durata contrattuale. Difetto di motivazione. Violazione del Reg. CE 1370/2007 (la limitazione della durata del contratto ad un solo anno è illogica e incongrua a fronte dei cospicui investimenti richiesti dalla disciplina di gara e contrasta con i principi sanciti dalla normativa regionale citata che, salve limitate eccezioni, prevede che i contratti di servizio abbiano durata di sei anni).*

1.9) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 13 comma 2 lettera b) D.Lgs. 163/2006 (le operazioni di prequalifica dovevano svolgersi in seduta riservata e non pubblica, come in realtà è avvenuto).*

1.10) *Violazione del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006 e violazione del principio di buon andamento di cui all'articolo 97 Costituzione sotto diverso e specifico profilo. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 84 comma 7 D.Lgs. 163/2006 e*

all'art. 51 codice procedura civile. Sviamento (sussiste conflitto di interessi tra il Comune di Novara, a cui fa capo parte del servizio affidato e la concorrente Sun s.r.l., gestore uscente e società *in house* totalmente partecipata dal Comune stesso; per attenuare quantomeno gli effetti pregiudizievoli di tale situazione occorreva adottare particolari cautele: al contrario, non solo le operazioni di gara non sono state demandate a un ente terzo, ma della commissione che ha operato in fase di prequalifica ha fatto parte il Direttore generale del Comune di Novara, scelta che ha pregiudicato la terzietà dell'organo).

B.1) Le censure formulate nel primo dei due atti di motivi aggiunti depositati il 3/10/2016 contro l'aggiudicazione al RTI Sun.

2.1) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento agli articoli 87, 88 e 89 del D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Errore di fatto. Carenza di istruttoria. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 3 della legge n. 241/1990. Carenza di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006. Violazione del principio di buon andamento di cui all'articolo 97 Costituzione* (l'offerta del RTI Sun è insostenibile e abnorme; Sun s.p.a. è una società pubblica interamente in mano al Comune di Novara, da anni gestore del servizio di TPL urbano della città; nel tempo Sun ha accumulato costanti e rilevanti perdite; nell'attuale raggruppamento la predetta società è la capogruppo con una quota di partecipazione al servizio del 42,22%; l'offerta aggiudicataria prevede per tale servizio un costo inferiore a quello del servizio precedentemente gestito, in perdita, dalla medesima Sun; ne consegue l'inattendibilità dell'offerta, distorsiva delle dinamiche concorrenziali; né le giustificazioni fornite in sede di verifica

dell'anomalia bastano per superare detti rilievi, essendo caratterizzate da sottovalutazione dei costi e sopravvalutazione dei ricavi; e l'insufficienza delle giustificazioni è emersa con evidenza in sede di verifica, benché in conclusione la Commissione di gara abbia illegittimamente ritenuto ammissibile l'offerta in questione).

2.2) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 88 del D.Lgs. 163/2006. Violazione ed errata applicazione del punto n. 3) del paragrafo rubricato "Procedura di gara" del disciplinare. Violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione della par condicio tra i concorrenti* (il termine per produrre le giustificazioni e per fornire le eventuali precisazioni ex art. 88 citato sono perentori; la documentazione integrativa richiesta dalla stazione appaltante è stata presentata dal RTI Sun tardivamente).

2.3) *Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'articolo 87 D.Lgs. 163/2006. Violazione del Capitolato di gara – Allegato 2 "Modalità di predisposizione delle offerte". Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento agli articoli 26 comma 6 D.Lgs. n. 81/2008 e 86 comma 3-bis D.Lgs. 163/2006. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006. Violazione del principio di necessaria concentrazione e continuità delle operazioni di gara. Violazione del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006. Violazione del principio di buon andamento di cui all'articolo 97 Costituzione. Sviamento* (l'offerta del raggruppamento aggiudicatario non riporta l'indicazione dei costi di sicurezza aziendale; ne doveva conseguire l'esclusione del concorrente o, quantomeno, l'attivazione del soccorso istruttorio per accertare la congruità degli oneri in questione rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio).

2.4) *Violazione ed errata applicazione dell'art. 97 della Cost. Violazione ed errata applicazione dell'art. 84 del D.Lgs. 163/06. Eccesso di potere per difetto dei presupposti. Violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta e violazione della par condicio. Eccesso di potere per sviamento* (la Commissione di gara ha modificato d'ufficio l'offerta del RTI controinteressato in relazione al chilometraggio; ciò è inammissibile).

2.5) *Violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Contraddittorietà rispetto ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante. Sviamento* (la Commissione di gara ha modificato la regola relativa al momento da cui calcolare l'età media degli autobus così avvantaggiando il raggruppamento avversario).

2.6) *Violazione dell'allegato 3 al capitolato punto 2.5 e 2.2.5. Sviamento* (la Commissione di gara ha illegittimamente attribuito a entrambi i concorrenti il medesimo punteggio per il parametro di cui sopra).

2.7) *in subordine Violazione del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006 e violazione del principio di buon andamento di cui all'articolo 97 Costituzione sotto diverso specifico profilo. Violazione ed errata applicazione di legge con riferimento all'art. 84 comma 7 D.Lgs. 163/2006 ed all'art. 51 codice procedura civile. Sviamento* (in relazione al conflitto di interessi tra i soggetti affidanti e, in particolare, il Comune di Novara e la società Sun s.p.a., nonché alla partecipazione del Direttore generale del Comune di Novara alla Commissione di gara e alla partecipazione del Responsabile PO Unità controllo amministrativo contabile del medesimo Comune alla Commissione deputata alla verifica di anomalia; e, ancora, alla nomina della Commissione di gara prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, a cui ha poi fatto seguito la

vorticosa sostituzione di componenti della medesima Commissione e di quella deputata alla verifica di anomalia).

B.2) Nel secondo dei due atti di motivi aggiunti depositati il 3/10/2016 contro l'aggiudicazione al RTI Sun le imprese ricorrenti hanno approfondito nel dettaglio:

3.1) le censure formulate con il primo dei motivi aggiunti di cui sub B relativamente alla erroneità delle conclusioni raggiunte dalla stazione appaltante in ordine all'anomalia dell'offerta aggiudicataria; in particolare, si ribadisce la sottovalutazione dei costi e la sopravvalutazione dei ricavi che caratterizzerebbe l'offerta in questione con riferimento alle diverse voci relative al servizio di TPL urbano/suburbano da un lato ed extraurbano dall'altro;

3.2) la censura di cui al quinto motivo del ricorso originario (precedente punto A.1.5) con riferimento ai 22 punti attribuibili dalla Commissione di gara per gli elementi dell'offerta tecnica di cui ai punti 2.2.1.2 - 2.2.2.2 - 2.2.3.2 – 22.5 del disciplinare di gara, elementi per cui il RTI Sun ha immotivatamente ottenuto il massimo punteggio.

C) Le domande formulate dalle parti ricorrenti.

4.1) Con il ricorso originario le parti ricorrenti hanno chiesto l'annullamento, limitatamente alle parti lesive oggetto di censura, degli atti della *lex specialis* di gara (avviso, bando, disciplinare, capitolato, lettera di invito) nonché di quelli di ammissione dei concorrenti e di nomina della commissione per la valutazione delle domande di prequalifica.

4.2) Con i motivi aggiunti depositati il 3/10/20106 l'azione impugnatoria è stata estesa “*nel rispetto della graduazione dei motivi e con riferimento alle sole parti lesive oggetto di censura*” agli atti di gara fino alla

conclusiva determinazione dirigenziale n. 1423 del 18/8/2016 di affidamento del servizio al RTI Sun; ed è stato altresì chiesto di disporre l'esclusione dell'offerta del predetto raggruppamento, nonché l'aggiudicazione a favore del raggruppamento ricorrente, dichiarando l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e condannando la Provincia di Novara al risarcimento in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

4.3) Nella memoria conclusiva depositata il 30/1/2017 le imprese ricorrenti hanno ribadito le domande di cui sopra, insistendo sulle censure formulate nell'atto introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti, di cui hanno comunque indicato chiaramente l'ordine di graduazione, distinguendo tra *“motivi formulati in via principale”* e *“motivi formulati in via subordinata”*.

Nel primo gruppo figurano, nell'ordine, i motivi precedentemente sintetizzati: sub 2.1) e 3.1); sub 2.2); sub 2.3); sub 1.4).

Nel secondo gruppo figurano, nell'ordine, i motivi precedentemente sintetizzati: sub 2.4); sub 2.5); sub 2.6); sub 1.10) e 2.7); sub 1.1); sub 1.2); sub 1.3); sub 1.5); sub 1.6); sub 1.7); sub 1.8); sub 1.9).

D) L'esame delle censure.

5) Vanno esaminate per prime le censure precedentemente sintetizzate sub 2.1) e 3.1), con cui le parti ricorrenti hanno sostenuto: che l'offerta del RTI Sun è inattendibile e abnorme, nonché distorsiva delle dinamiche concorrenziali; che le giustificazioni fornite in sede di verifica dell'anomalia non bastano per superare detti rilievi, essendo caratterizzate da sottovalutazione dei costi e sopravvalutazione dei ricavi; che l'insufficienza delle giustificazioni è emersa con evidenza in sede di verifica, benché in

conclusione la Commissione di gara abbia illegittimamente ritenuto ammissibile l'offerta in questione.

5.1) Il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta Sun si è articolato come segue:

- la Provincia di Novara ha avviato il subprocedimento chiedendo al RTI aggiudicatario, con nota del 3/3/2016, le *“giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta”*;

- la mandataria Sun s.p.a. ha fornito riscontro trasmettendo la documentazione richiesta con nota del 16/3/2016 relativamente alle seguenti voci: A) costo conducenti B) costo altro personale; C) costo personale amministrativo; D) costo del carburante; E) costo altri consumi; F) costo assicurazioni veicoli; G) ammortamento; H) altri costi industriali; I) costi per manutenzione; M) costi della sicurezza; N) spese generali;

- per esaminare la documentazione pervenuta si è riunita per la prima volta in data 21/7/2016 la Commissione per la valutazione della congruità dell'offerta presentata dal RTI Sun, appositamente nominata con determinazione dirigenziale n. 1168 del 14/7/2016, che ha ritenuto necessario disporre l'acquisizione di giustificazioni analitiche *“delle voci di costo di cui ai punti A-B-C-D-E”* relativamente sia al trasporto urbano e suburbano, sia al trasporto extraurbano;

- Sun s.p.a. ha fornito riscontro trasmettendo la nota del 25/7/2016, corredata da allegati;

- la Commissione si è nuovamente riunita il 27/7/2016 e in quell'occasione: ha ritenuto *“esaustive le precisazioni di cui ai punti D ed E in quanto è stata prodotta documentazione idonea a dimostrare i costi dichiarati”*; e invece ha ritenuto *“non... esaustivi gli*

elementi forniti a giustificazione dei punti A, B e C” con riguardo a specifici profili (decurtazioni relative al rimborso del CCNL da parte della Regione Piemonte e differenti metodi per evidenziare l’importo decurtato); ha quindi rassegnato il verbale al RUP *“per i relativi adempimenti conseguenti”*;

- su disposizione del RUP il raggruppamento aggiudicatario è stato convocato per l’audizione ex art. 88 D.Lgs. n. 163/2006 in data 28/7/2016;

- in quell’occasione la Commissione ha ascoltato le precisazioni fornite dal raggruppamento aggiudicatario sugli specifici profili evidenziati nel verbale del 27/7/2016 e ha concluso ritenendo esaustive le motivazioni addotte dal RTI Sun a giustificazione della propria offerta; ha infine rimesso il verbale al RUP *“per quanto di competenza”*;

- con determina n. 1423 del 18/8/2016, infine, il Dirigente incaricato, in qualità di RUP, ha condiviso le conclusioni della predetta Commissione e ha quindi provveduto ad affidare il servizio di cui si tratta, dall’1/1/2017 al 31/12/2017, al RTI capeggiato da SUN s.p.a.

5.2) In tema di verifica dell’anomalia negli appalti pubblici la giurisprudenza ha affermato alcuni principi che la difesa del raggruppamento controinteressato ha ampiamente richiamato nei suoi scritti difensivi e che, peraltro, non sono in contestazione nel presente giudizio.

In sintesi, il giudice amministrativo ritiene:

- che *“la valutazione di anomalia ha carattere globale e sintetico, ed è finalizzata all’accertamento dell’attendibilità dell’offerta, e non all’esame delle singole voci di costo”*; con la conseguenza che occorre *“evitare di*

trascendere in una valutazione di merito... che compete solamente alla stazione appaltante, ove non manifestamente irragionevole” (Consiglio di Stato, sez. V, 30 gennaio 2017 n. 369);

- che *“Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento”* (Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2017 n. 258);

- che *“non solo... il giudice amministrativo non può sostituirsi alla stazione appaltante, nelle valutazioni di sua competenza, istruttorie o decisorie che siano, ma neppure può verificare direttamente l’attendibilità delle scelte operate, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.*

Manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà sono figure sintomatiche di eccesso di potere caratterizzate dalla macroscopica inadeguatezza della scelta tecnica, affetta da vizi logici evidenti o veri e propri errori di fatto. Al ricorrente è fatto onere di introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l’organo deputato all’esame dell’anomalia. Gli elementi (malamente) esaminati dalla stazione appaltante devono essere tali da evidenziare una palese incongruità dell’offerta” (Consiglio di Stato, sez. III, 1 febbraio 2017 n. 438, che richiama Adunanza plenaria n. 8/2014);

- che *“il giudizio sull’anomalia delle offerte presentate in una pubblica gara di appalto, è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza. Il giudice amministrativo può sindacare le*

valutazioni della Pubblica Amministrazione, sotto i profili suindicati, ma non può procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, il che costituirebbe un'indebita invasione della sfera propria dell'Amministrazione" (Consiglio di Stato, sez. III, 6 febbraio 2017 n. 514).

5.3) Le società ricorrenti hanno dedotto *“che l'offerta SUN non è seria ed affidabile nel suo complesso perché idonea a generare non già il modestissimo utile dichiarato bensì ingenti perdite, per un importo stimabile in circa un milione di Euro in un solo anno di gestione del servizio”* (pag. 4-5 della memoria conclusiva). Tale perentoria affermazione consegue in primo luogo all'esame dei dati relativi al servizio precedentemente svolto da Sun s.p.a., in qualità di storico gestore del servizio di TPL del Comune di Novara e alle risultanze del suo bilancio. In sintesi, le ricorrenti rilevano: che nel corso degli anni Sun (società pubblica a capitale interamente detenuto dal Comune di Novara) ha pressoché continuativamente accumulato perdite, poi ripianate dal predetto Comune; che il bilancio del 2015 riporta una perdita di 395.029 euro; che in quell'anno, in base alle condizioni contrattuali, Sun ha percepito, per il servizio di cui sopra, un corrispettivo (pari a euro 2,473 per km.) sensibilmente superiore a quello che percepirebbe in base al nuovo contratto (che prevede un corrispettivo chilometrico pari a euro 2,199); ciò rende l'offerta del raggruppamento aggiudicatario radicalmente insostenibile; né può ammettersi l'ipotesi di un'offerta per un servizio da svolgere in perdita, perché ciò contrasterebbe palealmente con i principi di libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza. A sostegno delle proprie tesi le ricorrenti richiamano anche la sentenza di questa Sezione n. 476 del 17 marzo 2015.

Le argomentazioni sviluppate dal RTI Line, pur molto suggestive, non sono sufficienti per evidenziare l'illegittimità dell'aggiudicazione impugnata. Occorre infatti considerare quanto segue:

- le conclusioni a cui giungono le ricorrenti, costituendo una proiezione nel futuro di dati relativi al passato, presuppongono necessariamente l'immodificabilità del quadro complessivo che caratterizza la società mandataria del raggruppamento aggiudicatario; questo presupposto è però indimostrabile e dunque le affermazioni circa l'insostenibilità dell'offerta avversaria, alla luce dei dati di cui sopra, costituiscono una mera ipotesi, non inattendibile, ma non provata; come sostenuto dalla difesa di Sun, il presupposto da cui muovono le ricorrenti nega in radice ogni possibilità che la predetta società possa conseguire, anche alla luce delle pregresse esperienze e attraverso una migliore organizzazione aziendale e una razionalizzazione dei processi, incrementi di efficienza tali da consentirle di essere competitiva sul mercato; è lecito dubitare che ciò possa avvenire, ma non si può certo negare a priori una simile possibilità;

- non va neppure trascurato che la prestazione a carico di Sun nell'ambito del raggruppamento aggiudicatario, seppure particolarmente rilevante, specie per quanto riguarda il servizio di trasporto urbano, copre solo una parte del servizio TPL complessivamente considerato, comunque inferiore al 50%;

- da ultimo, si deve evidenziare che il richiamo alla sentenza di questa Sezione n. 476/2015 non appare risolutivo; è vero che in quel caso il TAR ha annullato, ritenendola illegittima, l'aggiudicazione di un servizio TPL a un raggruppamento comprendente *“una società interamente posseduta da enti pubblici, che in passato hanno dovuto più volte*

ripianare le continue e cospicue perdite di gestione... e sui quali verrebbero una volta in più a gravare le perdite derivanti da una nuova commessa aggiudicata a condizioni inadeguate”; ma in quel caso l’elemento determinante per la decisione era rappresentato dalla circostanza che già in sede di gara la commissione aveva evidenziato che l’affidamento del servizio comportava, per il raggruppamento aggiudicatario, una perdita; e da ciò il Tribunale ha tratto la conclusione che l’aggiudicazione si trasformava così in uno strumento discriminatorio, distorsivo del mercato e della libera concorrenza: quindi illegittima; una simile circostanza non è mai stata affermata in sede di gara ed è contestata anche in questa sede giurisdizionale; di qui la sostanziale differenza rispetto al caso deciso con la sentenza citata.

5.4) L’eventuale insostenibilità dell’offerta aggiudicataria deve dunque emergere dalle risultanze del subprocedimento di verifica dell’anomalia, di cui sub 5.1).

5.4.1) Nelle giustificazioni della sua offerta economica il RTI Sun ha quantificato in euro 7.444,51 l’utile lordo previsto dallo svolgimento del servizio di trasporto urbano/suburbano; mentre per il servizio di trasporto extraurbano ha previsto un utile lordo di euro 296.181,44.

Le società ricorrenti, sulla base delle analisi sviluppate nella relazione tecnica del 4/10/2016 (doc. 1 depositato il 7/10/2016), sostengono che, al contrario, per il servizio urbano/suburbano il raggruppamento aggiudicatario subirebbe perdite nell’ordine di euro 870.000 - 1.060.000; mentre per il servizio extraurbano è ipotizzabile un sostanziale pareggio.

Nel dettaglio, per il servizio TPL urbano/suburbano, la citata relazione evidenzia:

- maggiori costi per circa euro 260.000-365.000 per le voci (A-B-C) relative al personale;
- maggiori costi per circa euro 56.000-66.000 per la voce (F) relativa alle assicurazioni veicoli;
- maggiori costi per circa euro 210.000-220.000 per la voce (G) relativa agli ammortamenti;
- maggiori costi per oltre euro 131.000 per la voce (I) relativa alla manutenzione;
- maggiori costi per circa euro 160.000-200.000 per la voce (assente nel conto economico) relativa agli oneri finanziari;
- minori introiti per circa euro 50.000-80.000.

Per il servizio TPL extraurbano la relazione ipotizza maggiori costi per il personale, per gli ammortamenti e per le manutenzioni.

Alle puntuali analisi contenute nella relazione depositata dalle società ricorrenti, Sun s.p.a. ha risposto in giudizio depositando a sua volta una relazione tecnica datata 7/12/2016, oggetto di ulteriori osservazioni del consulente del RTI Line depositate il 24/1/2017.

5.4.2) In proposito si osserva che la Commissione per la valutazione della congruità dell'offerta non ha esaminato nel dettaglio gli specifici profili che le parti ricorrenti hanno fatto oggetto di censura nei motivi aggiunti depositati il 3/10/2016. In particolare, nella seduta del 21/7/2016 il predetto organo ha chiesto al raggruppamento aggiudicatario, per tutti i tipi di servizio, giustificazioni analitiche delle voci di costo di cui ai punti A – B - C (relative al personale) - D (relativa al carburante) - E (relativa agli “altri consumi”); ritenendo evidentemente soddisfattive le giustificazioni già presentate relativamente al costo delle assicurazioni, agli ammortamenti, ai costi per manutenzione, ai costi della sicurezza e alle spese generali. Nella

successiva seduta del 27/7/2016 la Commissione, superate le questioni relative alle voci D -E, ha ritenuto “*non... esaustivi di elementi forniti a giustificazione dei punti A, B e C con particolare riguardo alle decurtazioni relative al rimborso del CCNL da parte della Regione Piemonte evidenziando inoltre che (erano) stati utilizzati due metodi differenti per evidenziare l'importo decurtato al fine di giustificare l'offerta economica presentata*”. Nell'audizione del giorno successivo i chiarimenti forniti dal RTI Sun sono stati infine ritenuti soddisfacenti dalla stazione appaltante anche per quanto riguarda le voci relative al costo del personale.

Emerge da quanto precede che il subprocedimento di verifica dell'anomalia è stato svolto dalla apposita Commissione in modo articolato e approfondito. Nei limiti del sindacato consentito al Giudice amministrativo (quali individuati dalla giurisprudenza precedentemente richiamata), le conclusioni raggiunte dal predetto organo non appaiono affette da manifesta irragionevolezza, travisamento o difetto di istruttoria e di motivazione. E a diversa conclusione non si può pervenire enfatizzando (come cercano di fare le ricorrenti) il dato testuale dell'art. 88 del D.Lgs. n 163/2006, che al comma 4 così dispone: “*Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile*”. L'audizione offre al concorrente sospettato di anomalia l'ultima possibilità di giustificare l'offerta; l'esito non è dunque scontato e nel caso di specie il verbale del 28/7/2016 consente di comprendere come la Commissione abbia ritenuto di poter superare le perplessità precedentemente manifestate.

D'altra parte, le numerose contestazioni sviluppate dalle società ricorrenti hanno trovato replica nel presente giudizio, anche sotto il profilo tecnico, da parte di Sun s.p.a.; mentre non può essere chiesto al TAR di sostituirsi alla stazione appaltante e di procedere autonomamente alla verifica dell'offerta aggiudicataria.

5.5) In relazione a quanto sopra le censure formulate nel ricorso e nei motivi aggiunti e precedentemente richiamate sub 2.1) e 3.1) devono essere respinte.

6) Va superata anche la censura di cui al precedente punto 2.2), riguardante l'asserita inosservanza, da parte di Sun, del termine assegnato per produrre la documentazione integrativa richiesta dalla Commissione il 21/7/2016. C'è prova in atti del tempestivo deposito via pec in data 26/7/2016 e di ciò ha dato correttamente atto la difesa delle ricorrenti nell'udienza di discussione.

7) Con la censura sub 2.3) è stato contestato che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario non conteneva l'indicazione dei costi di sicurezza aziendale; ne doveva conseguire l'esclusione del concorrente o, quantomeno, l'attivazione del soccorso istruttorio per accertare la congruità degli oneri in questione rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio.

Anche questo motivo non merita accoglimento. Si deve richiamare in proposito la sentenza n. 19 del 27/7/2016 con cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha enunciato il seguente principio di diritto. *“Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere*

disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”.

Nel caso in esame la *lex specialis* di gara non conteneva la specifica richiesta di indicazione dei costi di sicurezza aziendale e neppure è in contestazione che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario rispetti i costi minimi in materia. Occorre richiamare in proposito quanto ulteriormente affermato dalla citata sentenza A.P. n. 19/2016 ai fini dell'applicazione del principio di diritto enunciato al caso oggetto di quel giudizio: *“La mancata contestazione del rispetto dei costi minimi esclude, peraltro, nel caso concreto, anche la necessità di riaprire la fase procedimentale dell'evidenza pubblica, attivando, ora per allora, la procedura di soccorso istruttorio, finalizzata a “sanare” l'errore consistente nella mancata indicazione formale degli oneri di sicurezza”.* Alla medesima conclusione si deve pervenire nel presente giudizio, posto che la stazione appaltante non ha sollevato alcun rilievo rispetto all'indicazione dei “costi della sicurezza” (voce M) contenuta dal RTI Sun nelle giustificazioni fornite 16/3/2016; e che nella relazione tecnica depositata in giudizio dalle parti ricorrenti la voce in questione (pari a euro 33.020) è definita “*minore*” e nessuna contestazione è formulata in proposito.

8) L'ultimo dei “*motivi formulati in via principale*” secondo l'ordine di graduazione contenuto nella memoria conclusiva delle società ricorrenti è quello sintetizzato sub 1.4), con cui si deduce l'illegittimità della “clausola sociale” ex art. 8 del capitolato (che prevede il trasferimento al soggetto aggiudicatario del personale dipendente dal gestore uscente, senza però tenere conto dell'organizzazione di impresa del subentrante); nonché la mancanza di indicazioni precise sui contratti applicabili al personale e sui relativi costi per addetto.

8.1) Quanto alla “clausola sociale”, il Collegio rileva che dall’eventuale annullamento in parte qua della *lex specialis* di gara le parti ricorrenti non possono trarre immediato vantaggio, essendo la clausola riferita all’esecuzione del contratto e non risultando di per sé ostativa alla presentazione di una valida offerta. L’interesse al motivo va dunque valutato a valle dell’esame delle altre censure proposte e in tal senso si fa rinvio.

8.2) Quanto agli altri profili dedotti, anch’essi non appaiono determinanti ai fini della formulazione dell’offerta, né è esattamente chiaro in che misura abbiano potuto pregiudicare la posizione del raggruppamento ricorrente. Le relative censure non meritano quindi accoglimento.

9) Tra i “*motivi formulati in via subordinata*” il primo da esaminare, seguendo l’ordine indicato dalle parti ricorrenti, è quello sub 2.4), con cui è stato dedotto che la Commissione di gara ha inammissibilmente modificato d’ufficio l’offerta del RTI controinteressato in relazione al chilometraggio.

9.1) Questi i fatti, quali risultano dai verbali:

- nella seduta segreta del 2/12/2015 la Commissione di gara “*rilevata la discordanza dei chilometri aggiuntivi per i percorsi extraurbani offerti da entrambe le RTI dai dati presentati nel PEA, decide di procedere alla correzione d’ufficio del numero dei chilometri offerti. Per entrambe le la valutazione verrà assegnata tenuto conto dei dati rilevati al termine della verifica effettuata*”;

- nella seduta segreta dell’11/12/2015 la Commissione ha rilevato “*anche per i chilometri aggiuntivi per i percorsi urbani offerti da entrambe le RTI... la discordanza dei dati da quelli presenti nel PEA*”, decidendo quindi di procedere alla correzione d’ufficio; dagli allegati al relativo verbale risulta che le correzioni hanno riguardato il servizio urbano

del raggruppamento aggiudicatario per 858,16 km., nonché il servizio extraurbano per 12.021,65 km.

9.2) Secondo le parti ricorrenti la Commissione di gara ha operato in *“violazione del fondamentale principio di immutabilità dell’offerta... alterando in modo significativo l’offerta dell’aggiudicatario”*. Le controparti sostengono invece che si è trattato semplicemente di un necessario adeguamento dei dati contenuti nell’offerta alle risultanze del PEA, cioè il Programma di esercizio annuale predisposto dal competente ufficio provinciale: ciò al fine di rendere realistica la valutazione dell’offerta.

Quest’ultima posizione appare al Collegio più convincente, tenuto anche conto della non irrilevante circostanza che la percorrenza chilometrica posta a base di gara era di km. 2.336.346 per il servizio urbano e suburbano di Novara; e di km. 3.304.094 per il servizio extraurbano; per cui risulta difficile attribuire rilievo significativo alla correzione apportata, anche in relazione all’incidenza che l’erronea indicazione contenuta nell’offerta avrebbe potuto avere sul complessivo punteggio assegnato in sede di gara.

Il motivo va dunque respinto.

10) Con il motivo di cui al precedente punto sub 2.5) è stato censurato che la Commissione di gara ha illegittimamente modificato la regola relativa al momento da cui calcolare l’età media degli autobus, così avvantaggiando il raggruppamento avversario. In sostanza, si contesta che nella seduta del 19/11/2015 la Commissione ha deciso, ai fini dell’assegnazione del punteggio relativo all’età media del parco veicolare, di calcolare i mesi *“dalla data di immatricolazione del mezzo sino al mese di novembre 2015”*, mentre

in sede di risposta ad un quesito era stata indicata come riferimento la data dell'offerta.

Il vantaggio indebitamente assicurato al raggruppamento controinteressato riguarderebbe un solo autobus e anche in questo caso la circostanza appare sostanzialmente irrilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio complessivo e della prova di resistenza. Ne è consapevole anche la difesa delle ricorrenti, che sottolinea come si tratti di un *“ulteriore punto di emersione dell'illegittimità degli atti impugnati sotto il profilo dello sviamento”*.

La censura non merita dunque accoglimento.

11) Con il motivo di cui al precedente punto sub 2.6) è stato censurato che la Commissione di gara ha illegittimamente attribuito a entrambi i concorrenti il medesimo punteggio per il parametro di cui all'allegato 3 al capitolato punto 2.5 e 2.2.5 (riguardante la *“Progettazione di miglioramento, ottimizzazione, efficientamento della rete per i servizi di linea”*).

La censura non può essere accolta non tanto perché manca ogni indicazione circa il superamento della prova di resistenza, quanto perché formulata in termini generici, come contestato dalle controparti.

12) Ben maggiore consistenza hanno i motivi di cui sub 1.10) e 2.7).

Le parti ricorrenti hanno infatti dedotto:

- che sussiste conflitto di interessi tra il Comune di Novara, a cui fa capo parte del servizio affidato e la concorrente Sun s.r.l., gestore uscente e società *in house* totalmente partecipata dal Comune stesso; che pertanto, al fine di attenuare quantomeno gli effetti pregiudizievoli di tale situazione, occorreva adottare particolari cautele;

- che, al contrario, non solo le operazioni di gara non sono state demandate a un ente terzo, ma della Commissione che ha operato in fase di prequalifica ha fatto parte il Direttore generale del Comune di Novara, dott. Paolo Sironi, il quale ha poi fatto parte anche della Commissione di gara ed era anche originariamente componente (fino al 30/6/2016) della Commissione deputata alla verifica di anomalia; mentre dal 14/7/2016 ha fatto parte di quest'ultima commissione il Responsabile PO Unità controllo amministrativo contabile del medesimo Comune;
- che il medesimo Direttore generale del Comune di Novara era stato membro del CdA della partecipata Sun s.p.a fino all'approvazione del bilancio al 31/12/2013 cioè fino al 14/7/2014;
- che tali scelte hanno pregiudicato la terzietà degli organi in questione;
- che la nomina della Commissione di gara è intervenuta prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, in violazione dell'art. 84 comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006; e che a tale nomina ha poi fatto seguito la vorticosa sostituzione di componenti della medesima Commissione e di quella deputata alla verifica di anomalia.

12.1) Va innanzitutto riconosciuta la tempestività dell'impugnazione, con l'atto introduttivo del giudizio, del provvedimento di nomina della Commissione di gara (di cui alla determina dirigenziale della Provincia di Novara 28/5/2015 n. 1228) unitamente agli atti di indizione e alla *lex specialis* della procedura concorsuale di cui si discute. In proposito si osserva preliminarmente che con la citata determina dirigenziale è stata in realtà nominata la Commissione per la valutazione delle domande di prequalifica; quest'ultima ha però poi

operato anche come Commissione di gara, non essendo stato successivamente adottato uno specifico provvedimento di nomina. Né può dubitarsi della tempestività, per il profilo che qui interessa, dei motivi aggiunti depositati il 3/10/2016; la giurisprudenza è infatti pressoché unanime nell'affermare che la composizione della commissione di gara va censurata insieme all'atto conclusivo del procedimento, cioè all'aggiudicazione, che costituisce il momento in cui si concretizza la lesione lamentata dal concorrente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 5296 del 20 novembre 2015 e n. 92 del 16 gennaio 2015).

12.2) La Provincia di Novara replica alla censura affermando: che la Commissione di gara è stata composta da figure apicali di enti pubblici aventi competenza in materia di trasporti e quindi in grado di offrire professionalità adeguata; che non c'è ragione di dubitare delle scelte del Comune di Novara, che potrebbe addirittura affidare il servizio *in house* alla società controllata; che la censura è comunque apodittica e indimostrata, né sussistono elementi a sostegno della prospettata mancanza di terzietà.

12.3) Ad avviso del Collegio la censura è insuperabile.

12.3.1) La gara oggetto di causa (che riguarda un servizio di particolare rilevanza sotto i profili sia economico, sia sociale) ha visto la partecipazione di due raggruppamenti, uno dei quali capeggiato (con una quota prevista di affidamento del servizio di oltre il 42%) da una società interamente controllata da un ente (il Comune di Novara) a cui fanno capo consistenti interessi rispetto al servizio da affidare, che si svolge in larga misura nel territorio dell'ente stesso (come dimostra anche la circostanza che il servizio urbano e suburbano incide per oltre il 50% sull'importo a base d'asta). La

predetta società è inoltre gestore uscente del servizio TPL nel Comune di Novara.

La domanda posta dal motivo di ricorso in esame è la seguente: in un quadro così delineato può ritenersi garantita la necessaria imparzialità della Commissione di gara, composta dal Presidente e da due componenti, se uno di questi ultimi è un funzionario del Comune di Novara e, più precisamente, il Direttore generale del predetto Comune?

Il Collegio ritiene che la risposta non possa che essere negativa.

12.3.2) È pertinente in proposito il richiamo, operato dalla difesa delle parti ricorrenti, alla delibera n. 49 del 17/6/2015 con cui l'Autorità di regolazione dei trasporti ha dettato "Misure regolatorie per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici...". Tali misure sono contenute nell'allegato A alla delibera citata che, in particolare, dedica il Titolo III ai "*Criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici*"; il Capo I, intitolato "*Trasparenza e prevenzione dei conflitti di interesse*", contiene la misura 21 che attribuisce agli enti affidanti il compito di adottare "*misure adeguate per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione dei contratti di servizio di trasporto pubblico, per evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti*". Nell'allegato B alla delibera n. 49/2015 la relazione illustrativa chiarisce che le esigenze di cui sopra sono particolarmente avvertite nel settore del trasporto pubblico locale, in quanto "*caratterizzato dalla presenza di numerosi operatori nella cui compagine*

proprietaria sono rappresentati l'ente o gli enti pubblici territoriali che svolgono, in forma singola o associata, anche funzioni di ente affidante"; perciò i criteri adottati "sono finalizzati ad evitare la commistione in capo alle medesime amministrazioni di ruoli tra loro incompatibili, introducendo e rafforzando la distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati".

Tra i criteri di cui alla misura 21 figurano, per quanto qui interessa, quelli relativi ai soggetti ai quali *"l'incarico di componente delle commissioni aggiudicatrici non può essere conferito"* (punto 4); tra questi vengono indicati (lettera b) coloro che *"operano, o abbiano operato nel precedente triennio, a qualunque titolo, presso le società partecipate dall'ente affidante attive nel settore del trasporto pubblico o loro controllate"*; nonché (lettera c) coloro che *"prestano servizio, o abbiano prestato servizio nel precedente triennio, presso l'unità organizzativa dell'ente affidante preposta al controllo del servizio e al controllo delle società partecipate attive nel settore del trasporto pubblico"*.

12.3.3) Non si intende in questa sede approfondire la questione relativa alla "forza" delle misure regolatorie dettate dall'ART, né affermarne la portata retroattiva (posto che la delibera n. 49 è posteriore alla nomina della Commissione di gara nel procedimento oggetto di causa). Si vuole però sottolineare come i citati criteri di cui alla misura 21 siano espressivi di principi ormai radicati, finalizzati alla tutela della trasparenza e della concorrenza e ispirati, prima ancora, a ragionevolezza e buon senso.

Nel caso in esame, come evidenziato al precedente punto 12), le parti ricorrenti hanno sostenuto che la Commissione di gara è risultata illegittimamente composta a causa della partecipazione del Direttore generale del Comune di Novara, incompatibile per la carica ricoperta, anche perché già membro del CdA della controllata Sun s.p.a. fino al 14/7/2014. La censura è fondata.

E' vero che nella gara in questione l'ente affidante è la Provincia di Novara e non il Comune di Novara; quest'ultimo è però coinvolto e interessato in modo diretto e rilevante (per le ragioni sintetizzate sub 12.3.1) alla gara stessa, che consegue peraltro alla stipula tra i due Enti, in data 18/7/2013, di una apposita convenzione "*per l'affidamento ad un unico gestore mediante gara pubblica dei servizi di trasporto pubblico locale urbano, suburbano ed extra urbano*". Sarebbe una miope operazione ritenere inapplicabile in un caso del genere al Comune di Novara i principi/criteri più sopra enunciati. In base ad essi la presenza nella Commissione di gara, quale componente, del Direttore generale p.t. del Comune di Novara risultava incompatibile sia perché il predetto dirigente era la figura apicale dell'Ente controllante la capogruppo del raggruppamento poi risultato aggiudicatario, sia perché il medesimo dirigente aveva fino a meno di un anno prima ricoperto l'incarico di consigliere della società controllata.

In senso contrario non hanno pregio le difese dell'Amministrazione provinciale sintetizzate sub 12.2). Nessuno mette in dubbio le competenze professionali del dott. Paolo Sironi, all'epoca Direttore generale del Comune di Novara; si tratta però di competenze che certamente anche altri potevano assicurare. È irrilevante l'affermazione secondo cui il predetto Comune potrebbe addirittura affidare il servizio *in house* alla società controllata; una volta scelta la via dell'evidenza pubblica, se ne devono accettare ed applicare integralmente le regole. L'incompatibilità e il conflitto di interessi vanno valutati *ex ante*, senza che ne occorra la dimostrazione per fatti concludenti (peraltro affermata dalle ricorrenti alla luce dell'esito della gara).

12.4) In conclusione, riconosciuta la fondatezza della censura circa l'illegittima composizione della Commissione di gara, vanno annullati tutti gli atti della procedura concorsuale successivi alla nomina della Commissione stessa, disposta con la determina dirigenziale della Provincia di Novara 28/5/2015 n. 1228. Restano assorbiti gli ulteriori profili di censura dedotti contro la nomina e la composizione del predetto organo collegiale.

13) Per effetto della precedente statuizione risultano caducati tutti gli atti di svolgimento della gara di cui si controverte. I residui motivi di ricorso possono essere assorbiti, in quanto proposti in via subordinata, come precisato dalle parti ricorrenti nella memoria conclusiva depositata il 30/1/2017, in cui detti motivi seguono, nell'ordine di graduazione ivi puntualmente riportato, quello appena accolto. Le censure in questione, peraltro, risultano allo stato prive di interesse alla luce dell'accoglimento disposto con la presente sentenza, senza che ciò comporti preclusioni per le ricorrenti stesse (e ciò vale anche per quanto riguarda la censura relativa alla "clausola sociale" di cui sub 8).

E) Conclusioni.

14) Le precedenti considerazioni portano alle seguenti conclusioni:

a) il ricorso originario e i motivi aggiunti vanno accolti nella parte in cui impugnano il provvedimento di nomina della Commissione di gara (determina dirigenziale della Provincia di Novara 28/5/2015 n. 1228) e tutti gli atti di svolgimento della gara stessa, fino all'aggiudicazione definitiva (determina dirigenziale n. 1423 del 18/8/2016), per le ragioni illustrate sub 12) ss.; gli atti in questione vanno conseguentemente annullati;

- b) restano assorbite le ulteriori censure formulate nel ricorso originario (senza che ciò comporti preclusioni per le parti ricorrenti);
- c) va dichiarato improcedibile il ricorso incidentale depositato da Sun s.p.a. il 9/9/2016, in quanto volto a contrastare specifiche censure delle parti ricorrenti che non hanno trovato accoglimento in questa sede;
- d) visto l'esito del giudizio, le spese di causa vanno poste a carico della Provincia di Novara, nella misura liquidata nel dispositivo; mentre vanno compensate nei rapporti tra le parti ricorrenti e la società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- a) accoglie il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti successivamente proposti nei sensi, nei limiti e con gli effetti precisati in motivazione al punto 14);
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Sun s.p.a.;
- c) condanna la Provincia di Novara al pagamento delle spese del giudizio in favore delle parti ricorrenti nella misura complessiva di euro 10.000,00 (diecimila/00) oltre agli accessori di legge; compensa le spese nei rapporti tra le parti ricorrenti e la società controinteressata.

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

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio dei giorni 15 febbraio e 15 marzo 2017, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente, Estensore

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO