

N. 00524/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00384/2011 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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cpa;

sul ricorso numero di registro generale 384 del 2011, proposto da:

GA.GE. SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Vittoria De Giorgio,
con domicilio eletto presso l'avv. Rossella Barbaro in Brescia, via
Solferino 55;

contro

COMUNE DI NAVE, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico
Bezzi, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via
Cadorna 7;

nei confronti di

STORNATI VIAGGI SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- della nota del responsabile dell'Ufficio Contratti prot. n.

19779/VII.01-6/2010 del 31 dicembre 2010, con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata del servizio di trasporto scolastico per le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di I grado, con alienazione dello scuolabus comunale, per il periodo dal 1 gennaio 2011 alla fine dell'anno scolastico 2012-2013;

- degli atti di gara;

con richiesta di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nave;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2011 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cpa;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Nave in data 23 settembre 2010 ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di I grado, con acquisto obbligatorio dello scuolabus comunale, relativamente al periodo dal 1 gennaio 2011 alla fine dell'anno scolastico 2012-2013.

2. Il bando, pubblicato sulla GUUE del 29 settembre 2010, prevedeva quale criterio di aggiudicazione il prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163, con una base d'asta pari a € 129.294.
3. Il punto 1.c.3) del disciplinare di gara includeva tra i requisiti tecnico-organizzativi (a) una dotazione di mezzi e personale adeguata allo svolgimento del servizio a regola d'arte, (b) la disponibilità di mezzi e personale aggiuntivi per fronteggiare le situazioni di emergenza, quali guasti o incrementi della domanda.
4. Alla gara hanno partecipato la ricorrente Ga.Ge srl e la controinteressata Stornati Viaggi srl. Dopo l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa il seggio di gara, nella riunione del 12 novembre 2010, ha deciso di verificare nei confronti di entrambi i concorrenti il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari ai sensi dell'art. 48 comma 1 del Dlgs. 163/2006. Le due imprese sono state quindi invitate a trasmettere la documentazione comprovante i suddetti requisiti entro il termine perentorio del 22 novembre 2010.
5. Nelle successive riunioni del 23 e 26 novembre 2010 il seggio di gara, dopo aver esaminato la documentazione pervenuta, ha chiesto alla ricorrente di fornire chiarimenti e precisazioni a proposito degli scuolabus da utilizzare nello svolgimento del servizio. La richiesta è stata formalizzata in una nota del responsabile unico del procedimento del 29 novembre 2010. Una volta ricevuti gli elementi

integrativi, il seggio di gara, nelle riunioni del 6 e 13 dicembre 2010, ha formulato le seguenti considerazioni:

(a) poiché la ricorrente intende utilizzare come scuolabus principale l'automezzo del Comune di cui è obbligatorio l'acquisto in caso di aggiudicazione, può essere ritenuto soddisfacente l'impegno ad adeguare il suddetto automezzo sotto il profilo tecnico,

(b) relativamente allo scuolabus sostitutivo per le emergenze, la soluzione proposta non è accettabile, in quanto configurerebbe una modifica a posteriori dell'offerta: l'automezzo indicato dalla ricorrente negli elementi integrativi non era infatti presente nell'elenco trasmesso entro il termine perentorio del 22 novembre 2010;

(c) ancora con riferimento allo scuolabus sostitutivo per le emergenze, non è stato chiarito a quale titolo la ricorrente ne disponga (la proprietà è di VGF Leasing spa, il locatario è Viaggi Gullì srl);

(d) non è infine dimostrato che lo scuolabus sostitutivo per le emergenze possa effettivamente svolgere la sua funzione a garanzia della continuità del servizio, in quanto non è stato indicato un luogo di stazionamento abbastanza vicino agli istituti scolastici (non è possibile, secondo la polizia locale, la sosta prolungata nei piazzali nei pressi del municipio; non vi è la disponibilità del piazzale della società Stefana spa, se non per qualche giorno; il Comune di Mandello del Lario, dove la ricorrente svolge un servizio di trasporto

scolastico, dista più di 100 Km e dunque non può costituire una base di appoggio adeguata per la gestione delle emergenze).

6. Nel complesso l'offerta della ricorrente è stata ritenuta non abbastanza strutturata ed equilibrata per garantire pienamente le esigenze del Comune nelle situazioni di emergenza. Di conseguenza la ricorrente è stata esclusa dalla gara con nota del responsabile unico del procedimento del 13 dicembre 2010, trasmessa via fax lo stesso giorno e poi mediante raccomandata A/R consegnata il 20 dicembre 2010. Peraltro la suddetta nota precisava che l'esclusione definitiva sarebbe stata comunicata ai sensi dell'art. 79 del Dlgs. 163/2006 solo al termine della procedura di gara.

7. Nella riunione del 15 dicembre 2010 il seggio di gara ha aperto la busta contenente l'offerta economica della controinteressata e ha aggiudicato alla stessa l'appalto in via provvisoria. L'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata è stata disposta con determinazione del responsabile unico del procedimento n. 637 del 30 dicembre 2010. La notizia dell'aggiudicazione definitiva è stata data alla ricorrente con nota del responsabile dell'Ufficio Contratti del 31 dicembre 2010, trasmessa via fax lo stesso giorno e poi notificata alla ricorrente il 5 gennaio 2011. Alla suddetta nota erano allegati i verbali di gara.

8. Il contratto tra il Comune e la controinteressata è stato stipulato il 22 febbraio 2011. Della stipulazione è stata data notizia alla ricorrente con nota del responsabile dell'Ufficio Contratti del 22

febbraio 2011, trasmessa via fax lo stesso giorno.

9. Contro gli atti della gara la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 4 marzo 2011 e depositato il 16 marzo 2011. Le censure possono essere riordinate e sintetizzate come segue: (i) violazione della par condicio, in quanto il seggio di gara avrebbe alterato il significato delle offerte introducendo nel corso della procedura parametri qualitativi non indicati in precedenza; (ii) violazione dell'obbligo di trasparenza (v. C.Giust. Sez. I 24 gennaio 2008 C-532/06, Lianakis), in quanto un'amministrazione aggiudicatrice non può determinare coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione dopo l'inizio della procedura. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento in forma specifica o per equivalente.

10. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso nel merito ed eccependone la tardività.

11. Sulle questioni sollevate e argomentate dalle parti si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) in via preliminare, la proposizione del ricorso appare tardiva. In effetti la conoscenza degli atti si può collegare alla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, in allegato alla quale sono stati inviati anche i verbali di gara. La trasmissione via fax, autorizzata dalla ricorrente nella domanda di partecipazione come specifica modalità di comunicazione ai sensi dell'art. 79 comma 5-bis del Dlgs. 163/2006, è intervenuta ancora il 31 dicembre 2010, e a breve

distanza, il 5 gennaio 2011, vi è stata la notifica in forma cartacea. Con l'aggiudicazione definitiva a beneficio della controinteressata doveva ritenersi confermata anche l'esclusione della ricorrente disposta il 13 dicembre 2010;

(b) se da un lato dunque si può ritenere che la ricorrente non avesse l'onere di impugnare immediatamente l'esclusione del 13 dicembre 2010 (perché la stessa amministrazione aggiudicatrice facendo riferimento a una successiva esclusione definitiva sembrava ipotizzare una nuova pronuncia al riguardo: v. sopra al punto 6), dall'altro tuttavia, quando è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva, non potevano più esservi impedimenti al decorso del termine abbreviato di impugnazione pari a 30 giorni previsto in materia di appalti dall'art. 120 comma 5 del Dlgs. 2 luglio 2010 n. 104. La notificazione del ricorso in data 4 marzo 2011 è ampiamente successiva alla consumazione di tale termine, sia individuando il dies a quo nel 31 dicembre 2010 (come appare corretto, vista l'autorizzazione alle comunicazioni via fax) sia prendendo come riferimento la notifica cartacea del 5 gennaio 2011;

(c) nel merito, le censure proposte dalla ricorrente non sembrano comunque condivisibili;

(d) occorre precisare subito che la verifica del possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari ai sensi dell'art. 48 comma 1 del Dlgs. 163/2006 deve essere condotta con una certa cautela, in quanto vi è il rischio di introdurre di fatto nella procedura

criteri o sottocriteri di valutazione non previsti, oppure di trasformare una gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso in una gara dove è premiata l'offerta economicamente più vantaggiosa;

(e) nel caso in esame il seggio di gara ha effettivamente indagato le caratteristiche tecnico-organizzative della ricorrente con riferimento all'offerta presentata, ma si può ritenere che il focus dell'analisi sia rimasto concentrato sull'organizzazione aziendale senza estendersi a una (inammissibile) valutazione qualitativa dello schema di servizio proposto dalla ricorrente;

(f) gli elementi insoddisfacenti rilevati dal seggio di gara a proposito dello scuolabus sostitutivo per le emergenze (v. sopra al punto 5) possono essere considerati nel loro insieme come una legittima causa di esclusione. Questo non tanto per ragioni formali collegate al divieto di modificare l'offerta in corso di gara (nella procedura di verifica dei requisiti sono comunque esaminate caratteristiche aziendali preesistenti, e non viene fornito in partenza un modello per omogeneizzare le informazioni fornite dai concorrenti, le quali sono dunque passibili di aggiustamenti e chiarimenti). In realtà l'operato del seggio di gara supera l'esame di legittimità perché, attraverso una valutazione non illogica o irragionevole, ha interpretato gli elementi insoddisfacenti come sintomi di un'organizzazione aziendale non adeguata allo svolgimento del servizio sul territorio comunale;

(g) sotto il profilo della certezza del diritto, l'avvertimento che

l'esame dei requisiti tecnico-organizzativi avrebbe avuto questa ampiezza era stato esposto in modo inequivocabile al punto 1.c.3) del disciplinare di gara;

(h) in concreto la ricorrente non ha chiarito in base a quale titolo e con quali procedure (ovvero con quali limitazioni) avrebbe potuto disporre immediatamente in caso di emergenza di uno scuolabus sostitutivo di cui non è né proprietaria né locataria. Parimenti non è stata adeguatamente chiarita la questione (pratica ma essenziale) dello stazionamento dello scuolabus sostitutivo nei periodi non caratterizzati da emergenze. Naturalmente le scelte organizzative dei soggetti economici sono libere, tuttavia l'amministrazione aggiudicatrice ha il potere (e il dovere) di valutare se il tipo di organizzazione illustrato dai concorrenti fornisca oggettivamente tutte le garanzie necessarie per un ordinato svolgimento del servizio.

12. In conclusione il ricorso deve essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia per quanto riguarda il subentro nell'appalto e il risarcimento del danno per equivalente. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in € 2.500 oltre agli oneri di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Condanna la società ricorrente a versare al Comune, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 2.500 oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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