

N. 01134/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01764/2010 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1764 del 2010, proposto da:
Impresa Autolinee Dover di Veccaro Cosimo Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Gualtierio Marra e Alessandro Leuci, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Lecce, piazza Mazzini 72;

contro

Comune di Surbo, rappresentato e difeso dall'avv. Valentino Chironi, domiciliato ex lege presso la Segreteria del Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

nei confronti di

Autolinee Roberto & Dongiovanni Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

- della determinazione n. 199 del 13 ottobre 2010 di aggiudicazione definitiva dell'appalto bandito dal Comune di Surbo;
- di tutti gli atti e i verbali di gara, ed in particolare dei verbali di gara che hanno disposto l'ammissione di Autolinee Roberto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Surbo e di Autolinee Roberto & Dongiovanni Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Autolinee Roberto & Dongiovanni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi gli avv.ti Marra e Leuci per la ricorrente, l'avv. Sticchi Damiani per la controinteressata e, nei preliminari, l'avv. Chironi per la p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, partecipante alla gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni della scuola dell'infanzia statale primaria e secondaria di primo grado, impugna gli atti epigrafati deducendo che la ditta aggiudicataria Autolinee Roberto & Dongiovanni s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

1.1. A sostegno del ricorso sono dedotte le seguenti censure:

I) Violazione del D.M. Trasporti del 31 gennaio 1997. Violazione del bando di gara e del capitolato d'oneri - Falsa dichiarazione in procedura di evidenza pubblica.

II) Violazione del bando di gara e del capitolato speciale. Falsa dichiarazione in procedura di evidenza pubblica.

III) Violazione sotto altro profilo del bando di gara e del capitolato speciale. Difetto di istruttoria. Illogicità dell'azione amministrativa.

IV) Violazione dell'art. 2 del bando. Violazione degli artt. 86 e 88 d.lgs. 163/2006. Violazione del capitolato. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Difetto di istruttoria. Illogicità manifesta.

1.2. Con atto depositato in data 7 dicembre 2010 la Autolinee Roberto & Dongiovanni srl, ha presentato controricorso e ricorso incidentale avverso gli atti di ammissione della ricorrente alla gara ed alla graduatoria.

1.3. Nel corso del giudizio anche il Comune di Surbo si è costituito in giudizio insistendo per la reiezione del ricorso.

1.4. Con ordinanza n. 40/2011, adottata nella camera di consiglio del 13 gennaio 2011, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare richiesta dalla ricorrente.

1.5. Nella pubblica udienza del 21 aprile 2011 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

2. Per ragioni di economia processuale (ritenute possibili anche in

applicazione della sentenza dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato n. 4/2011) il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente il ricorso principale, data la palese infondatezza di quest'ultimo.

2.1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che l'Autolinee Roberto & Dongiovanni srl avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara non disponendo, in violazione della lex di gara, del numero minimo di sei automezzi necessari per l'esecuzione del servizio sin dalla data di partecipazione alla gara, già immatricolati e targati, nonché autorizzati per servizio di noleggio con conducente.

2.2. Sul punto il bando di gara (punto 5 sub 1-b) richiede dichiarazione ” *di disporre di almeno n. 6 automezzi, di cui 3 da 35 posti e 3 da 30 posti, in perfette condizioni, idonei al servizio di trasporto alunni e conformi alle Direttive Comunitarie sulle emissioni inquinanti da parte dei veicoli – almeno- norma Euro 3, così specificatamente previsto all'art. 8 del Capitolato d'Appalto.*”

Quest'ultimo così recita: “*Per l'espletamento del servizio di che trattasi dovranno essere utilizzati almeno 6 mezzi di cui n. 3 da 35 posti e n. 3 da 30 posti. I suddetti mezzi dovranno essere conformi almeno alle Direttive Comunitarie sulle emissioni inquinanti da parte dei veicoli- norma Euro 3.... I mezzi dovranno essere idonei al servizio trasporto alunni in conformità al D.M. 18 aprile 1977, al D.M. 31 gennaio 1997 e relativa circolare applicativa del Ministero dei Trasporti n. 23 dell'11 marzo 1997 e s.m.i., in perfetto stato di efficienza, dotati di sistemi minimi di sicurezza per ogni singolo passeggero e muniti della carta di circolazione, con idonea documentazione per l'avvenuta*

effettuazione della revisione prevista dai competenti organi. La ditta dovrà fornire i dati identificativi dei mezzi utilizzati prima dell'inizio del servizio, compresi i mezzi di scorta a disposizione per eventuali temporanee sostituzioni?

Inoltre, l'art. 8 del bando di gara intitolato *“adempimenti a carico dell'aggiudicatario”* prevede che quest'ultimo debba trasmettere, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, fra gli altri documenti, *“elenco degli scuolabus che saranno utilizzati per il servizio e la documentazione comprovante l'idoneità degli stessi ad espletare il servizio, così come disposto dall'art. 8 del capitolato d'appalto”*.

In disparte la questione dell'interesse della ricorrente a proporre simile censura, dato che la ricorrente incidentale ha prospettato l'assenza in capo alla ricorrente principale della disponibilità materiale dei mezzi in questione al momento della presentazione della domanda, il Collegio ritiene che le prescrizioni citate non possano interpretarsi nel senso indicato dalla ricorrente.

A tal fine, in primo luogo sovviene una interpretazione combinata delle norme della *lex specialis* citate in termini letterali, laddove la disponibilità prevista nel bando di gara dei mezzi ivi indicati è da intendersi, in assenza di alcuna previsione contraria, quale mera disponibilità giuridica (ossia titolo giuridico idoneo), mentre la c.d. disponibilità materiale ossia la effettiva e concreta disponibilità dei mezzi, risulta richiesta per l'espletamento del servizio, con la necessità di fornire i dati identificativi dei mezzi immediatamente prima l'inizio del servizio.

Del resto, diversamente opinando, ne deriverebbe la assoluta inutilità delle previsioni del capitolato e dell'art. 8 del bando ove espressamente si prevede che la documentazione comprovante l'idoneità dei mezzi ad espletare il servizio debba essere fornita dopo la comunicazione dell'aggiudicazione.

A ciò aggiungasi che, principi di ragionevolezza ed equità, impongono di ritenere necessario contemperare, nella materia in questione gli opposti interessi pubblico e privato, ossia l'interesse del privato a non essere onerato di spese che potrebbero rivelarsi inutili in caso di mancata aggiudicazione della gara e l'interesse pubblico ad avere la garanzia di un'offerta seria ed affidabile mediante l'indicazione di uno strumento giuridico che garantisca la disponibilità giuridica dei mezzi necessari all'espletamento del servizio.

Deve pertanto ritenersi che, ai fini dell'ammissibilità alla gara, la ditta Autolinee Roberto di Dongiovanni dichiarando *“di disporre di n. 6 automezzi, di cui 3 da 35 posti e n. 3 da 30 posti, in perfette condizioni, idonei al servizio di trasporto alunni e conformi alle Direttive Comunitarie sulle emissioni inquinanti – almeno – norma Euro 3, come specificatamente previsto all'art. 8 del capitolato d'appalto”* al momento della partecipazione alla gara (vedasi domanda di partecipazione), abbia concretamente soddisfatto il requisito richiesto.

Del tutto irrilevante, pertanto, è la circostanza dedotta dalla ricorrente che i due veicoli tg DV396DG e tg DV401DG dovessero essere nuovamente omologati e immatricolati al momento della

partecipazione alla gara, potendo ciò avvenire successivamente all'aggiudicazione, prima dell'espletamento del servizio.

Del pari idonea è la proposta d'acquisto della società Sora "per la fornitura e l'allestimento di un MB 819 DF 42/75 telaio n.WDB670353AN140567" da n. 40 posti + 1 conducente, recante la data del 29 agosto 2010 (e quindi entro la data di presentazione delle offerte fissata per l'1 settembre 2010), a comprovare il requisito della c.d. disponibilità giuridica necessaria al momento della partecipazione, costituendo questa titolo idoneo.

Né, del resto può a ciò ostare la circostanza che la stessa sia stata accettata dalla ditta Roberto & Dongiovanni in data 4 ottobre 2010, ossia immediatamente dopo la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione (nota del 29 settembre 2010), atteso che in base ai principi di ragionevolezza innanzi indicati non risultava necessario che l'impresa assumesse tale onere ed impegno contrattuale prima dell'aggiudicazione.

Da ciò consegue l'infondatezza della deduzione della ricorrente secondo la quale la dichiarazione di cui all'art. 47 del DPR 445/2000 resa dalla Roberto & Dongiovanni ai sensi dell'art. 5 punto 1 lett. B) del bando non sarebbe veritiera non disponendo quest'ultima della concreta ed effettiva disponibilità materiale di mezzi idonei al servizio al momento della partecipazione alla gara, atteso che tale dichiarazione doveva attenersi alla sola disponibilità giuridica, ossia potenziale, dei mezzi per l'espletamento del servizio e potendo tale

potenzialità essere comprovata con qualsiasi strumento giuridico riservato dall'ordinamento, purché valido, serio ed affidabile.

2.3. Anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce l'inidoneità del veicolo tg DV 401DG, essendo lo stesso omologato per un numero di posti a sedere maggiore rispetto ai 35 richiesti nel bando di gara (pari a 47), non coglie nel segno.

Difatti il bando di gara ed il capitolato d'appalto hanno indicato i requisiti minimi di partecipazione, non vietando in alcun modo il possesso di requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti; anzi, la locuzione "*almeno*" utilizzata dal bando di gara nella prescrizione citata ("*dichiara di disporre di almeno*") consente il possesso di requisiti ulteriori e quindi sia di un numero di mezzi maggiore rispetto a quello richiesto, sia di un numero di posti maggiore rispetto a quello richiesto.

2.4. Non merita accoglimento neppure il terzo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce l'illegittimo tardivo allestimento, omologazione e immatricolazione dei sei veicoli indicati con la nota dell'11 ottobre 2010, dovendo ritenersi la perentorietà del termine di 10 giorni di cui all'art. 8 del bando di gara.

In primo luogo, tale termine non va confuso con quello previsto dal c. 1 dell'art. 48 del d.lgs.163/2006, entro il quale l'impresa offerente, sorteggiata a campione per il controllo in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante; difatti

solo tale termine ha natura perentoria, e le sanzioni conseguenti alla sua inosservanza non vanno applicate solo in caso di comprovata impossibilità per l'impresa di produrre la documentazione non rientrante nella sua disponibilità (v., ex plurimis, C.d.S., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804), dato che lo stesso risponde ai requisiti di celerità e di necessità di chiusura del procedimento nel più breve tempo possibile.

Piuttosto, il procedimento descritto dall'art. 8 del bando di gara è coerente con le disposizioni di cui all'art. 48 comma 2 del d.lgs.163/2006 il quale, a differenza di quanto disposto nel primo comma, non prevede che l'aggiudicatario debba ottemperare nel termine di 10 giorni dalla richiesta, risultando disciplinata solo la necessità che la richiesta della p.a. avvenga nel termine di 10 giorni dalla conclusione delle operazioni di gara e non già che la risposta dell'aggiudicatario avvenga entro tale termine in maniera perentoria.

Ne discende che in assenza di qualsivoglia previsione di perentorietà del termine suddetto sia nel bando di gara, sia nella disposizione di cui al comma 2 dell'art. 48 del d.lgs.163/2006, non può assumere rilievo la censura espressa dalla ricorrente in relazione a tale aspetto.

In tal senso peraltro la giurisprudenza prevalente, secondo la quale *“in assenza di specifica indicazione delle relative conseguenze, il seguente art. 48, comma 2, d.lgs. cit. ...a differenza del controllo a campione ora previsto dal comma 1 dello stesso articolo prevede un termine di natura ordinatoria per la presentazione dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti di capacità*

economica-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte dell'aggiudicatario provvisorio, con la precisazione che il Legislatore ha inteso lasciare alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione delle conseguenze della mancata osservanza del termine, in relazione anche alla concreta entità del ritardo e alla misura della sua incidenza sull'andamento della selezione" (TAR Valle Aosta, 13 novembre 2008, n. 88, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 03 luglio 2009, n. 1171).

2.5. Infine, deve respingersi anche l'ultimo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce l'incongruità ed erroneità delle giustificazioni rese con nota del 20 settembre 2010, con conseguente illegittimità della valutazione positiva delle stesse effettuata dalla stazione appaltante.

In ordine alla motivazione è generale l'affermazione in giurisprudenza che la ritenuta "*congruità delle offerte*" non necessita di particolare motivazione, richiesta invece nel caso in cui sia espresso dalla Commissione di gara un giudizio di "*non congruità dell'offerta*" e quindi di insufficienza e/o inidoneità delle giustificazioni a spiegare l'anomalia. In quel caso, la motivazione si impone perché si perviene all'esclusione dell'offerta anomala in contraddittorio con l'offerente. La motivazione del giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala deve essere rigorosa ed analitica soltanto nel caso del "*giudizio negativo*", mentre nel caso di "*giudizio positivo*" non è necessario che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o

espressiva di ulteriori apprezzamenti, con la conseguenza che il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta non richiede puntualità di argomentazioni, essendo sufficiente anche una motivazione "*per relationem*" alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente sottoposto al relativo obbligo (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 1 ottobre 2010 , n. 7266 ; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 04 novembre 2009 , n. 10828; T.A.R. Trentino Alto Adige, sez. Bolzano, 26 giugno 2009 , n. 230; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 2 marzo 2009 , n. 1429; Consiglio Stato , sez. IV, 11 aprile 2007 , n. 1658).

Del resto, "*...esula dal compito del giudice il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite; conseguentemente, l'apprezzamento svolto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta è di natura tecnico-discrezionale, sindacabile per manifesta illogicità, errore di fatto, insufficiente motivazione*" (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 3 febbraio 2010 , n. 233).

Inoltre nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta presentata in una pubblica gara non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo, cui la legge attribuisca la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto; di conseguenza, nella verifica dell'anomalia l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguarda voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano

l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, a causa dei residui dubbi circa l'idoneità dell'offerta, insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (Consiglio Stato , sez. V, 28 ottobre 2010 , n. 7631).

Ed ancora il giudizio della stazione appaltante in ordine alle giustificazioni dell'anomalia costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale. (Consiglio Stato , sez. V, 08 luglio 2008 , n. 3406)

In ogni caso, nella valutazione effettuata dalla stazione appaltante non si rinvencono elementi di erroneità o di illogicità manifesta.

In particolare, quanto alla dedotta circostanza che il CCNL di riferimento prevederebbe per il Settore autonoleggio una variazione in aumento pari allo 0,57 % non calcolata dalla aggiudicataria, l'assunto non risulta suffragato da elementi concreti non essendo indicato in quale rinnovo contrattuale tale incremento vi sia stato.

In ogni caso le giustificazioni inerenti i CCNNLL devono avere come riferimento quelli in corso al momento della presentazione della domanda, risultando ininfluenti eventuali variazioni potenziali non ancora sottoscritte.

Inoltre, quanto alla rilevata incongruenza del costo annuo dell'Assicurazione RCA degli automezzi, la stessa non risulta

sussistente avendo l'aggiudicataria prodotto polizza assicurativa della Compagnia Fondiaria SAI spa coerente con l'indicazione del costo inserito nelle giustificazioni.

Inoltre, relativamente al costo della manutenzione, la stessa risulta inserita dall'aggiudicataria nella revisione e comunque non risulta affatto dimostrato per quale ragione il solo costo della manutenzione giornaliera ammonterebbe ad Euro 6,67.

In relazione al costo del carburante l'aggiudicataria ha prodotto la proposta, accettata dal fornitore, di somministrazione di prodotti petroliferi, fatta dall'impresa aggiudicataria al fornitore di carburanti, coerente con il costo indicato nelle giustificazioni.

Peraltro, deve condividersi la tesi sostenuta dall'aggiudicataria in ordine alle oscillazioni di mercato del prezzo del carburante, sicché i costi indicati da quest'ultima possono essere ritenuti giustificati proprio in ordine a tali oscillazioni le quali risentono ovviamente, tra gli altri fattori, del rapporto di clientela tra l'utilizzatore ed il fornitore. Quanto al costo del rimessaggio la società aggiudicataria ha affermato di possedere garages di proprietà, con conseguente non sopportazione di alcun costo per tale voce.

Tali considerazioni sono da sole sufficienti a ritenere l'affidabilità e congruità delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria.

3. Per le considerazioni che precedono il ricorso deve quindi essere respinto.

Alla reiezione del ricorso consegue la inammissibilità per carenza di

interesse del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

Sussistono giustificati motivi, data la peculiarità della questione, per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge; dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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