

N. 02581/2010 REG.SEN.  
N. 01067/2009 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 Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1067 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Autoservizi VACCA Snc, rappresentata e difesa dagli avv. Benedetto Ballero, Francesco Ballero, Simone Ballero, con domicilio eletto presso studio Ballero in Cagliari, corso Vittorio Emanuele N.76;

***contro***

COMUNE DI GONNOSFANADIGA in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Franco Loi, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, viale Ciusa 97;

***nei confronti di***

-Ditta GARAU Mauro Autonoleggio, anche ricorrente incidentale, rappresentata e difesa dagli avv. Elena Pettinau, Sergio Zuddas, con domicilio eletto presso Elena Pettinau in Cagliari, piazza Gramsci

N.18;

-Ditta TOUR BUS di Giacomo CARIA (chiamata in giudizio con i Motivi Aggiunti promossi sia da Vacca che da Garau), non costituitosi in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione,*

CON RICORSO PRINCIPALE di VACCA (notif. 13.11.2009; dep. 23.11):

- del "verbale di aggiudicazione provvisoria" del 9 settembre 2009 adottato dal Comune di Gonnosfanadiga, nella parte in cui la predetta Stazione Appaltante non ha ammesso l' odierna ricorrente principale VACCA alla gara per l' "Affidamento del servizio di trasporto degli alunni della scuola materna Statale e degli alunni della scuola dell' obbligo dimoranti nelle case sparse e portatori di handicap, assistenza sullo scuolabus, per gli anni scolastici 2009/10, 2010/11, 2011/12", e nella parte in cui dalla stessa gara non ha escluso la ditta GARAU Mauro, aggiudicandola provvisoriamente, invece, a quest' ultima;
- del verbale della commissione di gara e/o del provvedimento (ad oggi non comunicati) con cui la Stazione Appaltante, confermando il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, ha “aggiudicato, in via definitiva”, il servizio alla ditta Garau Mauro, qui controinteressata, sul presupposto della esclusione della ricorrente;
- ove occorra, dell' art. 12 del bando di gara, per i motivi di seguito

indicati;

- ove occorra ancora, ed ove sottoscritto, del contratto di appalto del suddetto servizio, chiedendone al contempo la disapplicazione e/o la caducazione,
- di ogni altro atto presupposto, connesso o collegato, precedente o successivo a quelli impugnati, anche ad oggi non conosciuto.

CON I MOTIVI AGGIUNTI (promossi da VACCA) notificati il 2.3.10 e depositati in data 03/03/2010, contesta la riammissione di Caria e, comunque, l'apertura delle buste in seduta non pubblica, con richiesta di annullamento:

- del provvedimento, non conosciuto nè comunicato, di aggiudicazione provvisoria della gara di appalto "servizio trasporto alunni scuola materna statale e alunni della scuola dell'obbligo, dimoranti nelle sparse e portatori di Handicap, assistenza sullo scuolabus. Anni scolastici 2009/2010 - 2010-2011 e 2011/2012", presumibilmente disposto (dopo l'ordinanza cautelare del TAR Sardegna del 2.12.2009) a favore della ditta Tour Bus di Giacomo CARIA;
- Del provvedimento, non conosciuto nè comunicato, di aggiudicazione definitiva sempre se a favore della ditta Tour Bus di Giacomo Caria;
- Del contratto di appalto, non conosciuto nè comunicato, se ed in quanto il servizio sia stato affidato alla ditta Tour Bus di Giacomo Caria;

- Come motivo subordinato, dell'intera procedura di gara, e quindi di tutti i verbali e di tutti i provvedimenti di aggiudicazione, nonché del contratto, per violazione del principio di pubblicità delle sedute.
- Di qualsiasi altro atto, comunque connesso, presupposto e conseguente, anche se allo stato non conosciuto.

\*\*\*

Con RICORSO INCIDENTALE promosso da GARAU (notif. 14.12.2009, dep. 21.12.09):

per sostenere la propria legittima ammissione (in difesa delle censure promosse, in subordine, da Vacca)

per l'annullamento dell'ammissione alla gara della ditta VACCA, per carenze nella domanda e nella documentazione (sotto 5 profili);

CON I SEGUENTI "PRIMI" MOTIVI AGGIUNTI (promossi da GARAU) notificati il 7.4.10 depositati in data 09/04/2010, per l'annullamento (per violazione del principio della pubblicità della seduta):

- del provvedimento, non conosciuto, nè comunicato, di aggiudicazione provvisoria della gara di appalto del "servizio trasporto alunni della scuola materna statale e alunni della scuola dell'obbligo, dimoranti nelle case sparse e portatori di Handicap, assistenza sullo scuolabus. Anni scolastici 2009/2010 - 2010/2012", presumibilmente disposto, a favore della Ditta Tour Bus di Giacomo CARIA;
- del provvedimento, non conosciuto, nè comunicato, di

aggiudicazione definitiva a favore della Ditta Tours Bus di Giacomo Caria;

- del provvedimento, non conosciuto, nè comunicato, se ed in quanto il servizio sia stato affidato alla Ditta Tour Bus di Giacomo Caria,
- di qualsiasi altro atto, comunque connesso, presupposto e conseguente, anche se allo stato non conosciuto.

CON I SEGUENTI “SECONDI” MOTIVI AGGIUNTI (promossi da GARAUI) notificati il 27.4.10 depositati in data 28/04/2010, per l'annullamento:

- della determinazione non comunicata n. 286 del 29.12.2009 di “revoca” del provvedimento di aggiudicazione definitiva in origine disposto in favore di GARAUI;
- della determinazione n. 290 del 31.12.2009 di aggiudicazione definitiva della gara alla ditta CARIA.

Visti il ricorso principale (di VACCA c/ GARAUI) e i motivi aggiunti (c/ CARIA) con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio nonchè il ricorso incidentale di GARAUI (c/ VACCA) e i successivi 2 motivi aggiunti (c/ CARIA) e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Gonnosfanadiga in Persona del Sindaco P.T. ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori Ballero, C. Loi , in sostituzione, e Pettinau;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

La gara indetta dal comune di Gonnosfanadiga per il trasporto alunni (materna e scuola dell'obbligo) per il triennio 2009/2010-2010/2011 -2011/2012 con il bando del 6/8/2009 veniva aggiudicata (con il sistema del massimo ribasso sull'importo giornaliero) a GARAU, unica rimasta in gara, che aveva offerto il 10,9% di riduzione (verbale del 9/9/2009 - aggiudicazione definitiva con determinazione n. 189 dell'8/9/2009 -data erronea in quanto antecedente al verbale).

Tre erano i partecipanti (GARAU – VACCA – CARIA), ma due venivano esclusi per irregolarità nella documentazione (Vacca e Caria).

In particolare nella medesima seduta di gara era stata esclusa la ditta VACCA (verbale del 9/9/2009), così come la ditta CARIA, per "incompletezza della documentazione relativa alle caratteristiche dell'autobus".

\*\*\*Con ricorso consegnato dalla notifica il 13/11/2009 e depositato il 23/11 la ditta VACCA -che avendo offerto un ribasso migliore, il 12%, ha interesse ad essere riammessa alla gara- ha impugnato la propria esclusione per:

\*violazione e falsa applicazione degli articoli 1,3 e 6 della legge 241/1990 - eccesso di potere per illogicità e difetto della motivazione -omessa indicazione delle precise mancanze- violazione e falsa applicazione del bando di gara ed in particolare dell'articolo 12 - violazione e falsa applicazione degli articoli 42,46,48,231 del decreto legislativo 163/2006 - violazione dell'articolo 97 della costituzione e dei principi di correttezza, buona fede ed imparzialità - eccesso di potere per l'istruttoria insufficiente, disparità di trattamento, illogicità manifesta, travisamento dei fatti, violazione del principio del favor participationis.

In particolare il ricorrente evidenzia di aver presentato la dichiarazione che il mezzo da utilizzare per il servizio era conforme a quanto previsto dalla tabella CUNA 581-20, allegando copia del certificato di proprietà e del libretto di circolazione. E la carta di circolazione AO 160737 recava l'espressa menzione, come richiesto dal bando all'articolo 12, che l'autobus (immatricolato il 28/9/1987) era un mezzo "in servizio privato autorizzato al trasporto di alunni delle scuole elementari e materne" ed aveva 25 posti a sedere.

\*Qualora la prescrizione del bando (" dettagliata relazione") fosse ritenuta essenziale e protetta da clausola di esclusione il ricorrente Vacca impugna anche il bando per:

-violazione del principio di proporzionalità - violazione del principio giusto procedimento e del divieto del suo aggravamento -violazione del principio di buona fede;

-violazione degli articoli 1 e 3 della legge 241/1990 - violazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza - violazione degli articoli 2, 46,73 e 74 del decreto legislativo 163/2006 - violazione dell'articolo 97 della costituzione;

-eccesso di potere per illogicità, ingiustizia e irragionevolezza manifeste - violazione del principio di concorrenzialità.

\*\*Con il ricorso principale Vacca ha anche chiesto, ma in via subordinata, l'esclusione dalla (prima) gara della controinteressata (unica rimasta in gara) GARAU (per l'ipotesi di mancato accoglimento dei motivi sopra esposti) per i seguenti motivi:

\*violazione del bando di gara ed in particolare dell'articolo 12 - eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione del principio di imparzialità; in particolare sostenendo che trattasi di carenze sostanziali non sanabili:

-mancanza di dettagliata relazione sul mezzo;

-allegazione solo di un “estratto” della carta di circolazione (senza “revisioni”);

-mancata indicazione della proprietà;

-dicitura sulla carta di circolazione non conforme “allestito per il trasporto di alunni della scuola elementare”.

Si è costituito in giudizio il Comune (fin dalla fase cautelare) sostenendo la correttezza dell'operato, evidenziando la legittimità dell'esclusione di Vacca per omessa dettagliata relazione sulle caratteristiche del mezzo (prevalenza del principio di formalità



rispetto alla facoltà di integrazione/completamento successiva; si sosteneva, poi, che vi sarebbero stati ulteriori motivi di esclusione di Vacca (in particolare “omessa dichiarazione del requisito di idoneità professionale”, richiesto al punto 12 del bando).

Con ordinanza n. 452 del 2.12.2009 il Tar ha accolto il ricorso ritenendo illegittima l'esclusione di Vacca pronunciata in sede di gara, emergendo tutti gli elementi richiesti dai documenti depositati (ancorchè non in forma di “relazione”), in riferimento al mezzo/veicolo da utilizzare per il servizio.

L'Amministrazione il 9.12.2009 ha ripreso la gara, ma in seduta riservata (cioè alla sola presenza di Pres.- Segretario- 2 testimoni-), ed ha riammesso sia Vacca che Caria, aggiudicando il servizio a quest'ultimo per miglior ribasso (12.70%).

Con determinazione n. 290 del 31.12.2009 seguiva l'aggiudicazione definitiva da parte del Responsabile Servizio.

**\*\*Nelle more di tale (seconda) procedura la ditta GARAU con atto di costituzione e RICORSO INCIDENTALE c/ Vacca (notif. 14.12.2009, dep. 21.12) ha sostenuto –solo dopo l'esaurimento della fase cautelare- che Vacca era stata erroneamente ammessa e andava esclusa dalla gara, in quanto:**

**\*-non ha indicato la "categoria" esercitata, limitandosi a riportare solo il numero di iscrizione; e dalla visura camerale non emerge l'attività di servizio di "scuolabus", ma solo di noleggio con conducente;**

\*-non ha indicato gli "estremi delle autorizzazioni dell'assessorato regionale ai trasporti", che era espressamente richiesta al punto 9 (parte finale) del bando;

\*-l'autocertificazione ex articolo 38 comma 1 lettera c del D.Lgs. 163/2006 (riferita alle condanne) è stata prodotta solo dal legale rappresentante della s.n.c. e non da tutti i soci;

\*-mancata indicazione in dichiarazione della targa del mezzo e del numero dei posti;

\*-dei due mezzi indicati nessuno potrebbe essere impiegato per effettuare servizio in quanto:

quello del 1987 non avrebbe l'autorizzazione regionale -sarebbe cioè sprovvisto del titolo autoritativo per poter circolare ed effettuare qualunque tipo di trasporto di persone per conto di terzi-;

e quello del 2005 risulterebbe già utilizzato, per il medesimo servizio di scuolabus, presso il Comune di Guspini (gara svolta nell'estate 2008).

\*\*\*Con MOTIVI AGGIUNTI (notif. 2/3/2010 e dep. 3/3) la ditta VACCA –appresa la notizia dell'aggiudicazione a Caria del servizio-, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore del terzo, ancorchè non conosciuti (gli atti sono del 9.12.09 e del 31.12.09), sia per ritenuta erronea ammissione di Caria –la cui esclusione si era consolidata- sia per violazione del principio di pubblicità della seduta di gara.

Successivamente anche GARAU, appresa la notizia dell'avvenuta

aggiudicazione a Caria (nella seconda gara), ha proposto:

\*\*\*PRIMI MOTIVI AGGIUNTI (notif. 7.4.2010 dep. 9.4)  
c/l'ammissione di Caria e c/ lo svolgimento della seconda gara in seduta non pubblica (per violazione del principio di pubblicità di gara e violazione dell'art. 2 comma 1° codice contratti 163/2006).

\*\*\*SECONDI MOTIVI AGGIUNTI (notif. 27/4.2010, dep. 28.4)  
c/ la revoca dell'originaria aggiudicazione a Garau n. 189/2009 –non comunicata- disposta con determinazione n. 286 del 29.12.2009; e c/ determinazione nuova aggiudicazione n. 290 del 31.12.2009 a Caria (per eccesso di potere per travisamento dei fatti e assenza di motivazione)

Ribadite le rispettive posizioni con memorie delle parti private, all'udienza del 27 ottobre 2010 la causa, dopo discussione, è passata in decisione.

## DIRITTO

RITO.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di improcedibilità del ricorso principale (sollevata dalla difesa del controinteressato Garau) per omessa impugnazione dell'atto di aggiudicazione definitiva in favore di Garau (determinazione 189 dell'8.9.2009 –peraltro il documento prodotto reca la data errata, in quanto antecedente al verbale-).

Il Collegio rileva che il ricorso principale (promosso il 13.11.09) è stato comunque formulato sia avverso il verbale del 9.9.2009 (aggiudicazione provvisoria, atto endoprocedimentale), che avverso

l'aggiudicazione definitiva –sub 2 dell'epigrafe- (ancorchè senza estremi, non avendo il ricorrente avuto esplicita conoscenza del provvedimento). La mancanza degli “estremi” del provvedimento non può essere interpretato come omesso coinvolgimento dell'impugnazione –per i medesimi motivi- anche all'atto definitivo che risultava già adottato dalla stazione appaltante (al momento della promozione del ricorso). In ogni caso si rileva che il provvedimento di aggiudicazione definitiva (depositato in giudizio solo dalla difesa del controinteressato Garau l'1.6.2010) rispecchia, nei contenuti, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, sotto tale profilo, non introduce elementi nuovi che possono rendere non influenti le censure sollevate contro le aggiudicazioni (provvisoria e definitiva). Questo Tribunale ha già avuto modo di affermare (cfr. T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 6 novembre 2009 n. 1690) che “qualora la ricorrente avverso l'aggiudicazione provvisoria di un pubblico appalto abbia solo "formalmente" impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (non conosciuto nel suo specifico contenuto concreto), includendolo nell'epigrafe e qualora la stessa aggiudicazione definitiva (effettivamente preesistente alla notifica del ricorso) non abbia compiuto alcuna nuova valutazione (o rinnovato, autonomo giudizio) degli atti di gara, ricalcando in modo integrale i risultati già formulati con il primo atto, endoprocedimentale, di aggiudicazione provvisoria, non può affermarsi né l'inammissibilità del ricorso (per omessa impugnazione originaria dell'aggiudicazione

definitiva) né l'improcedibilità (per omessa impugnazione successiva, con specifici motivi aggiunti, dell'atto finale)”.

Nel caso di specie anche l’aggiudicazione definitiva è stata impugnata, con motivi pertinenti (al fine cioè di consentire la riammissione di Vacca), a prescindere dall’omessa indicazione degli estremi del provvedimento (comunque preesistente).

\*\*

## MERITO.

ESCLUSIONE VACCA –ILLEGITTIMITA’ (ricorso principale).

Nella prima gara GARAU è stata ammessa (ed ha ottenuto l’aggiudicazione) avendo presentato una dichiarazione, sul mezzo da utilizzare per il trasporto, del seguente tenore:

“per lo svolgimento del servizio scuolabus sarà impiegato autobus conforme alla tabella CUNA NC 581–20, si allega carta di circolazione dello scuolabus targato MS266886, avente la disponibilità di posti 26 e degli spazi interni necessari per l'espletamento del servizio".

VACCA invece veniva esclusa (“per incompletezza della documentazione relativa alle caratteristiche dell’autobus”) avendo presentato la seguente dichiarazione:

"il mezzo da utilizzare per servizio in oggetto è conforme a quanto previsto dalla tabella CUNA 581-20; si allega copia del C.D.P. e copia libretto di circolazione".

In sostanza Targa (AO 160737 – immatricolazione 28.9.1987 ),

numero dei posti (25), proprietà, revisioni erano tutti dati che emergevano chiaramente dal documento allegato, al quale la dichiarazione faceva riferimento.

Il bando di gara conteneva all'articolo 12 una serie di dichiarazioni da compiere. Mentre per la prima parte le richieste dichiarazioni vanno inquadrare nella disciplina tipica delle dichiarazioni connesse all'accertamento dei "requisiti generali", nonché, sempre sotto forma di autocertificazione, del possesso dello "specifico requisito di idoneità professionale"; non così si ritiene per la richiesta di "dettagliata descrizione del mezzo da utilizzare". Si prevedeva cioè, in aggiunta, ma non in forma di autocertificazione, la produzione di una "dettagliata descrizione del mezzo avente la disponibilità dei posti necessari per la resa del servizio e attrezzati con sedili e spazi interni conformemente a quanto previsto dalla tabella CUNA NC 581-20", con allegate copia della carta di circolazione con specifica dicitura ("trasporto alunni scuola dell'obbligo" o diciture analoghe espressamente ivi indicate). L'articolo 12 prevede poi, quale clausola generale, che "l' incompletezza, l'irregolarità o la mancanza della documentazione prescritta comporterà l'esclusione dalla gara".

Il Collegio, come ha già valutato in sede cautelare, ritiene che gli elementi richiesti dal bando (non in forma di autodichiarazione, ma di mera relazione) inerenti il "mezzo da utilizzare" (sotto forma di "dettagliata descrizione") emergevano tutti, nel caso di specie, dalla documentazione/carta di circolazione del veicolo-autobus depositata

dalla di da ricorrente Vacca ed allegata alla dichiarazione del 7/9/2009. Ciò che non emergeva dalla carta di circolazione è stato correttamente fatto oggetto di autonoma dichiarazione (conformità CUNA NC 581-20).

Sotto tale profilo dunque le 2 dichiarazioni/allegazioni compiute da Garau (ammesso e, in un primo tempo, aggiudicatario) e da Vacca (escluso) sono parificabili in termini di contenuti.

L'esclusione di Vacca è, quindi, illegittima in quanto i dati richiesti come essenziali dal bando sono stati concretamente forniti all'Amministrazione con la documentazione prodotta e con la dichiarazione compiuta.

Né si può sostenere l'applicabilità della norma (generale) di esclusione, applicabile solo ove realmente sia riscontrabile incompletezza e/o irregolarità sostanziale della documentazione, che nel caso di specie non è rinvenibile, in quanto la funzione della "relazione" sarebbe stata unicamente quella di "riprodurre" i medesimi dati già emergenti dai documenti specificamente allegati (con duplicazione degli elementi la cui mancanza non può essere sanzionata con l'esclusione).

Ultima notazione in relazione alla memoria di costituzione del comune (ove si contesta che vi sarebbero stati ulteriori motivi di esclusione di Vacca -non evidenziati nel provvedimento impugnato inizialmente-, in particolare per la mancata dichiarazione del requisito di idoneità professionale, nonché di presa visione del capitolato

d'appalto e di accettazione di tutte le clausole in esso contenute): a prescindere dalla irritalità della contestazione (non contenuta nel provvedimento impugnato) si evidenzia comunque per chiarezza che, invece, nella dichiarazione formulata da Vacca il 7/9/2009 (parte finale) la triplice dichiarazione risulta espressamente compiuta.

\*\*

## II ) AMMISSIONE GARAU (ricorso principale).

Ancorchè formulata in ricorso solo in via subordinata è opportuno vagliare, comunque, anche la contestata ammissione di Garau.

Garau è stato correttamente ammesso dall'Amministrazione in quanto:

- la dichiarazione in ordine alle caratteristiche del mezzo (immatricolato il 21.5.1992) era idonea e conforme al bando;
- la copia della carta di circolazione richiesta per la verifica della specifica "dicitura" riportava la seguente utilizzazione: "allestito per il trasporto di alunni della scuola elementare";
- l'indicazione del proprietario del veicolo non era richiesta dal bando;
- l'indicazione fornita dal bando di 3 diciture di utilizzo (scuola dell'obbligo / scuola elementare e scuola materna / scuola dell'obbligo e scuola materna) non erano immediatamente vincolanti, posto che si prevedeva, contestualmente nel bando stesso, che "per gli scuolabus già circolanti l'aggiornamento delle carte di circolazione potrà avvenire in occasione dell'operazione di revisione



annuale” (posticipando così l’eventuale integrazione dello specifico requisito, comunque già presente nel caso di specie per quanto riguardava l’attività di trasporto alunni della scuola elementare).

\*\*

**RICHIESTA ESCLUSIONE DI VACCA PER ULTERIORI E DIVERSI PROFILI** (ricorso incidentale di Garau).

Occorre a questo punto valutare il RICORSO INCIDENTALE promosso da Garau, con il quale si sostiene che l’offerta Vacca andava esclusa per ulteriori e diversi profili (rispetto a quelli individuati dall’Amministrazione).

Le censure sono infondate in quanto:

-la visura camerale di Vacca –cod. fisc. 02758430926; n. REA 222175- evidenzia l’attività di “autonoleggio da rimessa con conducente” codici: 49.32.2 e 60.22.2;

la dichiarazione compiuta da Vacca è “iscrizione alla CCIAA con il n. 02758430926 nella categoria con n. REA 222175”;

il bando richiedeva, quale requisito, che “la ditta è iscritta al registro delle ditte presso la Camera di Commercio ed esercita attività che <consentano l’effettuazione della fornitura del servizio oggetto dell’appalto>, con la precisa indicazione del numero di matricola e delle categorie di iscrizione nonché ...” ; nel caso di specie le indicazioni essenziali sono state fornite e dalla visura si riscontra che l’attività esercitata consente lo svolgimento del servizio di scuolabus, trattandosi di definizione ampia di noleggio con conducente;

-l'indicazione, correlata ai servizi svolti nel triennio, espressamente richiesta al punto 9 –ult. parte-del bando con l' "indicazione degli estremi delle autorizzazioni dell'Assessorato regionale ai Trasporti" non risulta coperta da esplicita e specifica sanzione di esclusione (né può essere utilizzata quella inserita nel diverso e successivo art. 12); peraltro si evidenzia che non solo Vacca ha omesso tale indicazione, ma anche la stessa ditta Garau che formula la censura (cfr. punto 4 della dichiarazione);

-la dichiarazione ex art. 38 lett. c) Codice 163/2006 è stata resa solo da Vacca Fabrizio, amministratore e legale rappresentante della snc. "Autoservizi Vacca di Vacca Fabrizio e Marongiu Bruna & C. snc"; si contesta che la dichiarazione non sarebbe stata compiuta anche dagli altri soci (nel caso di specie Marongiu Bruna);

dalla visura camerale depositata emerge che l'amministratore Vacca Fabrizio ha i poteri di "compiere tutti gli atti di ordinaria o straordinaria amministrazione ad eccezione dei seguenti: ..." , segue elencazione di 6 categorie di atti per i quali " gli atti di cui ai precedenti punti dovranno essere preventivamente autorizzati da tutti i soci"; non vi è dubbio quindi che l'attività di amministrazione/rappresentanza non è esclusiva dell'amministratore, ma è ripartita –con coinvolgimento sostanziale anche della socia Marongiu Bruna-;

peraltro sul punto va considerato che il bando era stato articolato con una elencazione di dichiarazioni che dovevano essere compiute

da parte del “titolare o legale rappresentante della ditta, resa ai sensi del DPR 445/2000, dalla quale risulti:.....

-che a carico della ditta non sia stata pronunciata alcuna condanna con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari e che a carico del legale rappresentante della ditta e di tutti i componenti non sono in corso procedimenti penali per reati commessi in procedimenti di pubblici appalti;

-che il legale rappresentante e tutti i soci della ditta muniti di poteri di rappresentanza non abbiano subito condanne che comportino l'esclusione dall'affidamento di appalti da parte di pubbliche amministrazioni";

e il rappresentante della ditta Vacca ha compiuto la dichiarazione in questi stessi termini (cfr. punto n. 6 e n. 7 della dichiarazione resa da Fabrizio Vacca) rispettando cioè pienamente le prescrizioni imposte dal bando (che non sono state impugnate dalla ricorrente incidentale); ne deriva che la dichiarazione compiuta, in questo peculiare caso, coerente con le previsioni autonomamente stabilite dalla lex specialis, che consentiva l'auto-dichiarazione non solo in relazione alla propria posizione ma anche in riferimento a quella degli altri soci, deve ritenersi congrua, in quanto la dichiarazione resa si estende anche ai requisiti di moralità di tutti i soci muniti di rappresentanza; così articolata la dichiarazione l'omessa dichiarazione “propria” dell'altro socio non poteva sostenere un

provvedimento di esclusione di Vacca alla gara;

-targa e numero dei posti del mezzo (effettivamente non presenti nella dichiarazione) risultano comunque dai dati della carta di circolazione allegata, alla quale il dichiarante faceva espresso riferimento; inoltre la dichiarazione compiuta da Vacca attesta esplicitamente la conformità del mezzo in base alla tabella CUNA 581-20;

-è la stessa ricorrente incidentale che evidenzia che l'autorizzazione regionale sul mezzo (immatricolato nel 1987) può essere rilasciata immediatamente dopo l'aggiudicazione della gara -com'è avvenuto proprio per Garau-; quindi la mancata documentazione anticipata di tale requisito –non richiesto dal bando- non può essere considerata motivo di esclusione;

-non si può escludere a priori l'utilizzabilità dell'altro mezzo indicato da Vacca (immatricolato nel 2005), in quanto non è stato provato se il servizio svolto in favore del comune di Guspini fosse solo annuale (2008-2009) o pluriennale -nel nostro caso il bando era triennale e decorrente dall'anno scolastico 2009-/2010-.

\*\*\*

IV) Accertata l'illegittimità dell'esclusione di Vacca e la legittimità dell'ammissione di Garau occorre verificare il successivo operato da parte dell'amministrazione.

Il Comune ha agito, in particolare, in sede di amministrazione attiva (autotutela) in ordine alla posizione dell'altro concorrente che era

stato anch'esso escluso –per il medesimo motivo- nella prima fase concorsuale (Caria).

La prosecuzione del procedimento di gara è quindi caratterizzata non solo dal mero recepimento dell'ordinanza cautelare del 2.12.2009 favorevole a Vacca (doveroso), ma si caratterizza anche in via di “autonoma determinazione” con l'ammissione del terzo concorrente (Caria), che è stata disposta in quanto le due posizioni sono state ritenute del tutto similari (incompletezza della dichiarazione sotto forma di relazione sulle caratteristiche del mezzo).

E sul punto la decisione del Comune è da ritenersi legittima e non viziata, in quanto rientrava nell'ambito dei suoi poteri valutativi rivalutare posizioni ulteriori (ancorché consolidate in termini di precedente esclusione non opposta), in sede di rinnovazione della gara, riferite ad altri partecipanti che si trovavano nelle medesime condizioni del concorrente riammesso con provvedimento cautelare giudiziario.

Sotto tale profilo vanno quindi respinte le censure, contenute sia nella prima parte dei primi motivi aggiunti di Vacca che nei primi motivi aggiunti di Garau e che ipotizzano elusione/violazione dell'ordinanza cautelare n. 452/2009 del Tar Sardegna nonché violazione dell'articolo 2909 del codice civile, in quanto la scelta effettuata dall'amministrazione per un verso (esecuzione ordinanza) è aderente al dettato che imponeva l'ammissione (vincolata) del soggetto illegittimamente escluso (Vacca), e, per altro verso,

interviene in sede (discrezionale) di rivalutazione (della posizione di Caria), al fine di assicurare omogeneità di trattamento in riferimento a posizioni analoghe nell'ambito della medesima gara.

La riammissione di Vacca e anche di Caria va quindi riconosciuta coerente ai poteri spettanti alla P.A. La decisione di far ripartire la gara con tutti i tre partecipanti rientrava quindi nei suoi poteri.

Ciò che invece è mancato nella seduta del 9.12.2009 (e le censure sono state promosse sia da Vacca, con i primi motivi aggiunti - seconda parte-; sia da Garau con i primi e secondi motivi aggiunti) è il rispetto dei vincoli di pubblicità e partecipazione dei concorrenti alla (nuova) fase di gara, ove sono state compiute le operazioni tipiche (verifica ed apertura delle buste, in particolare contenenti le offerte economiche) che non possono svolgersi in seduta riservata.

Le parti non sono state convocate nè risulta essere stata data a loro comunicazione tempestiva della nuova seduta di gara. Sotto tale profilo l'operato dell'amministrazione va censurato, in quanto, a prescindere dal criterio di aggiudicazione utilizzato -massimo ribasso-, la tutela che viene garantita dall'ordinamento è di natura "preventiva", connessa alla possibilità di partecipazione/assistenza alla seduta ed alle operazioni di gara (per idonea verifica delle operazioni). Non è cioè condivisibile la tesi in base alla quale se i ricorrenti hanno offerto un ribasso non competitivo non avrebbero diritto/interesse a partecipare e ad assistere all'apertura delle buste.

La garanzia posta dall'ordinamento si impone quindi quale tutela

oggettiva e preventiva, essendo funzionale detta pubblicità non solo al rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i concorrenti, ma anche a presidio della correttezza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 13 luglio 2010 n. 4520; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 224; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 5 maggio 2009 n. 577).

L'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara è inderogabile per quanto riguarda la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 13 ottobre 2010 , n. 7470).

Nelle gare pubbliche per l'applicazione del principio di pubblicità delle sedute occorre distinguere tra le procedure di aggiudicazione automatica e quelle che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale, per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione, sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici; per le prime la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare (Consiglio Stato , sez. V, 17 settembre 2010 , n. 6939).

La verifica pubblica dell'integrità dei plichi contenenti le buste con le offerte e la loro conseguenziale apertura è adempimento doveroso e prodromico all'attività valutativa del seggio di gara, sia che si svolga

in seduta riservata sia pubblica (Consiglio Stato , sez. VI, 3 dicembre 2008 n. 5943).

La mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione comporta l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, compreso il provvedimento finale di aggiudicazione, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra i concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa.

In conclusione la procedura di gara va interamente annullata (per violazione del principio di pubblicità della seduta) in quanto avvenuta in seduta riservata, con apertura dei plichi e delle offerte economiche (di Vacca –con ribasso del 12%-; e di Caria –con ribasso del 12,70%- ; cfr. verbale del 9.12.2009).

Con obbligo dell'Amministrazione di rinnovare in radice il procedimento.

Le spese e onorari di giudizio possono integralmente compensarsi.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso principale Vacca (per la parte svolta contro la propria esclusione);
- respinge il ricorso incidentale di Garau c/ Vacca;
- accoglie i motivi aggiunti (di Garau e di Vacca) contro



l'aggiudicazione a Caria;

con conseguente annullamento dell'intera gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2010

IL SEGRETARIO

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