



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1672 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tiemme s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Nannoni Bus s.n.c. e Viaggi Vacanze s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ornella Cutajar e Alessandro Secondo Massari, con domicilio eletto presso l'avv. Ornella Cutajar in Firenze, via dei Servi 49;

contro

Comune di Monte Argentario, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Piochi, con domicilio eletto presso l'avv. Luca Arinci in Firenze, via Cinque Giornate 31;

nei confronti di

Luca Falaschi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Bussa e Beatrice Matteini, con domicilio eletto presso l'avv. Beatrice Matteini in Firenze, via de' Benci 16;

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo):

- del verbale di gara e provvedimento di non ammissione a valutazione dell'offerta tecnica di TIEMME S.p.a., ivi compreso lo stralcio dello stesso verbale consegnato a mano il 5 agosto 2011 a dipendente della Tiemme s.p.a. ;
- del provvedimento di aggiudicazione alla ditta Luca Falaschi s.r.l., di estremi ancora non conosciuti;
- di tutti gli atti, comportamenti, provvedimenti presupposti, connessi e consequenziali, anche se non conosciuti dalla ricorrente, ivi compresa la lettera di chiarimenti inviata alla ricorrente via posta elettronica in data 25 luglio 2011 a firma del segretario verbalizzante della Commissione giudicatrice Luciano Fanciulli;

(con i motivi aggiunti depositati in data 13 ottobre 2011):

- dei verbali di gara nn. 3 del 5 agosto 2011 e 4 del 30 agosto 2011;

(con i motivi aggiunti depositati il 14 dicembre 2011):

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva (Determinazione 660 del 9 novembre 2011) e relativa comunicazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 79, comma 5 del d.lgs. 163 del 2006 (prot. 3717 Tiemme del 16 novembre 2011);

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monte Argentario e della Luca Falaschi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 febbraio 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio, espone di aver partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Monte Argentario per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di trasporto scolastico per la durata di tre anni, gara alla quale prendeva parte una sola altra impresa, la controinteressata Luca Falaschi s.r.l. Espone altresì di essere stata esclusa dalla gara, sul rilievo che, con riferimento alla disponibilità di 9 mezzi di trasporto richiesti dal disciplinare di gara, solo due risultavano immatricolati mentre per gli altri sette la ricorrente si era limitata a dichiarare l'intenzione ad acquistarli e immatricolarli entro l'inizio del servizio. All'esclusione della ricorrente si accompagnava l'aggiudicazione provvisoria della gara alla controinteressata.

Avverso la propria esclusione e l'aggiudicazione alla controinteressata la ricorrente articola le seguenti censure:

1 – “ Violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi del Trattato UE di massima concorrenza, non discriminazione e proporzionalità – Violazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990 – Eccesso di potere per difetto e contraddittorietà e comunque insufficienza della motivazione – Eccesso di potere per falsa applicazione della lex specialis, palese illogicità dell’azione amministrativa ed ingiustizia manifesta”. La ricorrente contesta che la normativa di gara richiedesse il possesso dei mezzi già al momento di presentazione della domanda e ritiene al contrario che alla propria offerta di utilizzare in parte mezzi nuovo da immatricolare entro i termini di avvio del servizio avrebbe dovuto essere attribuito il punteggio massimo;

2 – “Violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa di cui all’art. 1 della legge n. 241 del 1990 e dei principi di qualità della prestazione di cui all’art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione dell’art. 97 Cost. e dei principi di legittimo affidamento, della certezza del diritto e di buon andamento dell’azione amministrativa – Eccesso di potere per falsa applicazione della lex specialis, palese illogicità dell’azione amministrativa ed ingiustizia manifesta – Sviamento – Perplessità”. La ricorrente evidenzia che, offrendo mezzi per gran parte nuovi, essa avrebbe dovuto avere il punteggio tecnico più alto, con conseguente aggiudicazione della gara.

Il Comune di Monte Argentario e la controinteressata si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 13 ottobre 2011, dopo aver esaminato i verbali di gara e l'offerta della controinteressata, la ricorrente ha formulato un'ulteriore censura:

3 – “Violazione della *lex specialis* di gara; violazione dei principi del Trattato UE di massima concorrenza, non discriminazione e proporzionalità – Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di imparzialità e buona andamento dell'azione amministrativa - Eccesso di potere per difetto e contraddittorietà e comunque insufficienza della motivazione – Eccesso di potere per falsa applicazione della *lex specialis*, palese illogicità dell'azione amministrativa ed ingiustizia manifesta”. Si ribadisce che il possesso dei mezzi non era requisito di partecipazione e si contestano i rilievi dell'Amministrazione circa l'idoneità dei documenti prodotti in gara dalla ricorrente a dar prova della propria disponibilità dei mezzi in caso di aggiudicazione, contestando quindi anche l'idoneità dei documenti prodotti in gara dalla controinteressata a prova della disponibilità dei suoi mezzi.

Con secondo atto di motivi aggiunti, depositato in data 13 dicembre 2011, la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata, formulando la seguente ulteriore censura:

4 – “Violazione della *lex specialis* di gara; violazione dei principi del Trattato UE di massima concorrenza, non discriminazione e proporzionalità – Violazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990 – Difetto, perplessità e contraddittorietà della motivazione – Violazione del principio di uguaglianza – Violazione dell’art. 3 Cost. – Violazione dell’art. 97 Cost e del principio di imparzialità e buon andamento – Violazione dell’art. 80, comma 4, 91, comma 1, 93, comma 2, 93, comma 5, 94, comma 1, 95 d.lgs. n. 285 del 1992 - Eccesso di potere per difetto e contraddittorietà e comunque insufficienza della motivazione – Eccesso di potere per falsa applicazione della *lex specialis*, palese illogicità dell’azione amministrativa ed ingiustizia manifesta”. Si contesta in particolare l’operato della stazione appaltante che ha consentito alla controinteressata di integrare i documenti relativi ai propri mezzi ove insufficienti e ha invece applicato alla ricorrente il principio di necessario possesso dei mezzi alla data di presentazione delle offerte.

L’Amministrazione e la controinteressata resistono anche ai motivi aggiunti.

Dopo che con decreto cautelare n. 979 del 9 settembre 2011 era stata respinta la richiesta di misure cautelari provvisorie, con ordinanza n. 1062 del 26 ottobre 2011 la Sezione ha respinto l’istanza di sospensione degli atti gravati. Quest’ultima è stata però riformata (ancorché ai soli fini della sollecita fissazione del merito) dal

Consiglio di Stato, Sezione V, con ordinanza n. 5503 del 14 dicembre 2011, sul rilievo che “risulta meritevole di rapido approfondimento, in sede di merito, la prospettata questione della riferibilità alla sola fase dell’esecuzione, e non a quella della partecipazione, del requisito della disponibilità e dell’immatricolazione dei mezzi necessari per l’espletamento del servizio”.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 29 febbraio 2012, e sentiti i difensori comparsi come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

La ricorrente, come esposto nella narrativa in fatto, è stata esclusa dalla gara per mancato possesso, già al momento della presentazione dell’offerta, dei mezzi necessari per l’effettuazione del trasporto scolastico, così come indicati dalla normativa di gara, con l’effetto che la procedura è stata quindi aggiudicata alla controinteressata, unico altro partecipante alla selezione.

Con il primo mezzo la Tiemme s.p.a. si duole dell’applicazione che la stazione appaltante ha fatto della *lex specialis*, sul rilievo che il possesso dei mezzi fosse in realtà necessario solo in sede di esecuzione del servizio e non come requisito di partecipazione, essendo quindi sufficiente, ai fini partecipativi, l’impegno documentato dalla ricorrente medesima di acquistare 7 dei 9 mezzi richiesti in caso di esito positivo della procedura. Con il secondo mezzo, e in termini consequenziali rispetto ai rilievi articolati nel primo motivo, la

ricorrente evidenza che, poiché la sua offerta contempla 7 mezzi su 9 del tutto nuovi, in quanto da immatricolarsi subito prima dell'avvio del servizio, tale offerta avrebbe dovuto avere la più alta valutazione in sede di giudizio tecnico, con conseguente aggiudicazione della gara.

Le due censure, che possono essere fatte oggetto di congiunto esame, sono infondate.

Il Comune di Monte Argentario ha indetto una procedura aperta per l'affidamento a terzi del servizio di trasporto scolastico per la durata di tre anni (cfr. bando di gara, all. 1 del Comune). Il Disciplinare di gara (all. 2 della difesa comunale), al capitolo terzo, parla della "quantità" e della "qualità" degli automezzi da utilizzare per l'espletamento del servizio. In punto di quantità minima dispone che il parco automezzi minimo deve essere costituito da n. 6 scuolabus, di cui 2 attrezzati per il trasporto disabili, n. 2 scuolabus di riserva e n. 1 fuoristrada, da utilizzare nelle zone extraurbane di Porto S. Stefano. In punto di qualità degli automezzi, il Disciplinare prevede l'assegnazione di un punteggio rapportato all'anzianità di immatricolazione dei mezzi offerti da ogni partecipante, attribuendo ad ogni mezzo un punteggio da un minimo di 1 punto, per mezzi immatricolati prima del 2003, ad un massimo di 30 punti, per mezzi immatricolati nel 2010 – 2011, per poi dividere la somma dei punteggi riportati da ogni offerente per 9, cioè il numero di mezzi offerti. Per dare attuazione a questa disciplina, ogni partecipante era

tenuto a compilare un “modello offerta per gli aspetti qualitativi – mezzi da adibire al servizio”, modello presente come allegato F al Capitolato Speciale di gara. Tale modello, costituente parte dell’offerta, contempla per ognuno dei mezzi offerti la “descrizione mezzo, tipo e marca”, la data di immatricolazione, la presenza o meno della omologazione per disabili e la presenza o meno della alimentazione a metano o GPL.

Ad avviso del Collegio l’esame del Disciplinare di gara e del richiamato modello F evidenzia in termini chiari come ogni offerente dovesse, già come requisito di partecipazione alla procedura, possedere i mezzi necessari per la effettuazione del servizio, così da darne esatta indicazione e da consentire alla stazione appaltante di attribuire a ciascun mezzo il punteggio ad esso spettante in relazione alla sua specifica anzianità di immatricolazione. Certo il richiamato possesso già in sede di gara potrà poi essere inteso come disponibilità giuridica a vario titolo, ma non può leggersi la normativa di gara come tale da spostare tale disponibilità giuridica a valle, con riferimento all’esecuzione del servizio, come pretenderebbe parte ricorrente. Con l’effetto poi, invero paradossale, che il punteggio massimo per la valutazione tecnica dovrebbe andare a chi non ha ancora la disponibilità giuridica dei mezzi e che li immatricolerà soltanto in futuro, in caso di esito positivo della gara, stante la necessaria minore anzianità di immatricolazione rispetto a chi partecipa alla selezione disponendo già dei mezzi. L’esame

dell'allegato F presentato in gara dalla ricorrente (doc. 4 del Comune) chiarisce meglio quanto sin qui esposto. Con riferimento ai 9 mezzi richiesti la Tiemme s.p.a. indica soltanto per 2 mezzi la data esatta di immatricolazione, per gli altri 7 è riportato l'anno 2011 con un asterisco, che rimanda ad una nota in calce al modello, nella quale si chiarisce che "si allegano alla presente offerta qualitativa le conferme d'ordine dei mezzi su elencati e dichiariamo che saranno comunque immatricolati prima dell'inizio dell'anno scolastico 2011/2012, e di cui elenchiamo di seguito, in ordine di riga dell'elenco sopra descritto, i rispettivi numeri di telaio". Salvi gli ulteriori approfondimenti anche in fatto che si esporranno in sede di esame della terza censura, il Collegio evidenzia come il semplice richiamo ad una futura, e in realtà del tutto incerta, acquisizione di disponibilità giuridica dei mezzi, con futura loro immatricolazione, ma contemporanea attribuzione del massimo punteggio tecnico e certa vittoria della gara, non appare in linea con le previsioni del Disciplina di Gara, che deve essere letto nel senso di richiedere già in sede di offerta un titolo giuridico di possesso qualificato dei mezzi, così da consentire alla stazione appaltante una valutazione qualitativa degli stessi oggettiva e verificabile. In particolare il Disciplinare prevede espressamente una attribuzione di punteggio in base all'anzianità di immatricolazione dei mezzi che quindi deve essere elemento che sussiste già in sede di offerta, rendendo altrimenti incerto e non verificabile l'operato della stazione appaltante.

Con il terzo mezzo, articolato in sede di primi motivi aggiunti la ricorrente si duole dei rilievi svolti in sede di verbali di gara nn. 3 e 4 del 2011, nei quali la stazione appaltante entra nel merito della documentazione prodotta dalla Tiemme s.p.a. in allegato al modello F, ritenendo in particolare che dai documenti presentati non discenda una certa disponibilità dei mezzi di trasporto da parte dell'offerente neppure in esito all'ipotetica aggiudicazione della gara. La ricorrente contesta questi assunti, ribadendo il proprio convincimento che la propria offerta avesse tutti i requisiti per partecipare alla selezione in esame.

La censura è infondata.

In sede di esame delle prime due censure si è evidenziato come la normativa di gara debba essere letta nel senso di richiedere ai partecipanti alla selezione la disponibilità giuridica, già al momento dell'offerta, dei mezzi di trasporto con cui svolgere il servizio, la cui anzianità di immatricolazione costituisce importante elemento di valutazione tecnica dell'offerta. L'odierna ricorrente, come già evidenziato, per 7 su 9 mezzi si è limitata a produrre in gara "conferme d'ordine dei mezzi", con l'ulteriore dichiarazione che gli stessi "saranno comunque immatricolati prima dell'inizio dell'anno scolastico 2011/2012". Dai verbali di gara gravati risulta ulteriormente che la stazione appaltante si è spinta oltre nell'esame dei documenti di supporto allegati dalla Tiemme s.p.a. alla propria offerta, giungendo alla conclusione che non ci sarebbe una adeguata

prova neppure della certa futura disponibilità dei mezzi stessi in esito all'aggiudicazione della gara. I rilievi dell'Amministrazione sono convincenti e confermano la inadeguatezza dell'offerta dell'odierna ricorrente. I preventivi o bozze di contratto che la ricorrente allega alla propria offerta risultano infatti generici, di scarsa vincolatività giuridica e inadeguati a fornire certezza, ancorché futura, del possesso dei mezzi per l'espletamento del servizio. Nella bozza di contratto con Maresca Fiorentino del 25 luglio 2011 si dice che l'operatore economico "manterrà la disponibilità degli scuolabus per tutto agosto p.v. per consentire a Tiemme spa di partecipare alle gare di assegnazione dei servizi scuolabus indette da vari Comuni in questo periodo", ove è evidente la correlazione dell'impegno con una pluralità di gare e quindi la incertezza di effettiva futura disponibilità con riferimento alla gara di specifico interesse. In questa come in altre bozze di contratto (es. quello con la Bernini Commerciale s.p.a.) si parla di impegno fino alla fine del mese di agosto, inadeguato rispetto alla disciplina di gara che prevede un vincolo di 180 giorni per l'offerente. La bozza di contratto con Ristè Eraldo e figli del 25 luglio 2011, poi, porta in calce la nota "contratto valido dopo il ricevimento del bonifico del 10% come acconto", il che determina l'insorgere del dubbio, da parte della stazione appaltante al momento della presentazione dell'offerta, dell'effettivo e valido perfezionamento del vincolo giuridico relativo alla futura consegna dei mezzi. L'insieme di queste considerazioni porta a dubitare, anche

in quest'ottica, dell'idoneità dell'offerta della ricorrente, che legittimamente la stazione appaltante ha escluso dalla gara.

Con il quarto mezzo, formulato in sede di secondi motivi aggiunti, la ricorrente ha criticato l'operato della stazione appaltante che ha consentito alla aggiudicataria l'integrazione della documentazione di gara anch'essa carente, perché la Falaschi srl aveva prodotto per alcuni suoi mezzi carte di circolazione provvisorie e un contratto di locazione in scadenza, integrazione documentale che non è stata invece consentita alla ricorrente.

La censura è infondata.

In disparte il rilievo che il soggetto legittimamente escluso da una procedura di gara non è legittimato a contestare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara da parte di altri concorrenti (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 4 del 2011), non pare al Collegio che siano paragonabili le posizioni dei due concorrenti partecipanti alla gara di cui al presente giudizio. Nel caso della ricorrente si è in presenza di un concorrente che non ha dimostrato di avere disponibilità giuridica dei mezzi necessari per la partecipazione alla procedura, per 7 dei quali non è stata fornita neppure la data di immatricolazione, necessaria per l'attribuzione del punteggio tecnico; nel caso della controinteressata, si è in presenza di un concorrente che ha preso parte alla selezione indicando il possesso dei mezzi richiesti e almeno un principio di prova sul titolo giuridico e sulla idoneità dei mezzi stessi, principio di prova sul quale si è poi inserito l'esercizio del

potere della stazione appaltante di chiedere integrazioni, che non hanno comunque inciso sull'essenza della partecipazione alla gara, essendosi trattato solo dell'acquisizione di revisioni annuali delle carte di circolazione, di una carta di circolazione definitiva in luogo di quella provvisoria e della proroga di un contratto di locazione della cui esistenza e validità non si discute.

Alla luce dei rilievi che precedono, il ricorso e i due atti di motivi aggiunti devono essere respinti. Ritiene tuttavia il Collegio che la complessità in fatto della vicenda esaminata giustifichi la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e i connessi motivi aggiunti.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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