



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 Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1273 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Air Pullman S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Elena Tanzarella e Giovanni Mastrangelo, presso i quali è elettivamente domiciliata in Milano, piazza Velasca 5

***contro***

il Comune di Garbagnate Milanese, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Ferrovie Nord Milano Autoservizi S.p.A., non costituita in giudizio

***per l'annullamento***

- del bando di gara, pubblicato sulla GUCE 8 maggio 2010 e successivamente rettificato sulla GUCE 2 giugno 2010, con cui il

Comune di Garbagnate Milanese ha disposto una procedura aperta per la scelta dell'affidatario del servizio trasporto scolastico per gli anni 2010/2011 e 2011/2012 nella parte in cui pone quale requisito di partecipazione tecnica (sezione III, paragrafo 2.3) la specifica esperienza nel campo del trasporto scolastico;

- del relativo disciplinare di gara, che in attuazione di quanto indicato dal suddetto bando richiede identico requisito;

- di ogni ulteriore provvedimento antecedente, conseguente e comunque connesso, ivi espressamente inclusa la determinazione dirigenziale 24 maggio 2010, n. 306, menzionata a pag. 1 del disciplinare di gara (allo stato non conosciuta);

atti impugnati con il ricorso introduttivo;

- dei verbali di gara n. 1, 2, 3 e 4 del 28 giugno 2010 relativi alla procedura concorsuale in oggetto (docc.6 - 9) e comunicati alla ricorrente con nota 5 luglio 2010, proc. gen. n. 18797/07/01/0010 (doc. 10), in esito ai quali l'Amministrazione comunale, dopo aver operato l'esclusione della ricorrente dal successivo iter di gara, ha proceduto ad aggiudicare in via provvisoria la gara alla controinteressata;

- nonché di ogni ulteriore provvedimento antecedente, conseguente e comunque connesso;

atti impugnati con motivi aggiunti.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Udito, nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2010, il difensore della ricorrente come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 70/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Garbagnate Milanese ha indetto, con bando di gara pubblicato sulla GUCE l'8 maggio 2010, una procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli anni 2010/2013, importo a base d'asta annuale € 210.000,00 oltre IVA.

Tra i requisiti di capacità tecnica l'art. 4.5. lett. b) del disciplinare di gara, cui il par. III.2.3. della Sezione III del bando di gara rinvia, è richiesta "l'indicazione del fatturato di impresa realizzato negli ultimi tre esercizi (2007 - 2008 - 2009) per ciascuna annualità per lo svolgimento di servizi di trasporto scolastico presso pubbliche Amministrazioni non inferiore a € 210.000,00 al netto di IVA".

Intendendo partecipare alla gara, ma non possedendo tale requisito ritenuto eccessivamente restrittivo della concorrenza, con ricorso notificato il 7 giugno 2010, Air Pullman S.p.A., società operante nel settore del trasporto pubblico su gomma, ha impugnato tutti gli atti di indizione della procedura di gara, nella parte in cui prescrivono il possesso del suddetto requisito, chiedendone, altresì, la sospensione

dell'efficacia.

Il Comune intimato non si è costituito in giudizio.

Con ordinanza n. 656 del 1 luglio 2010 la Sezione, ritenuto che la necessità di documentare un fatturato di impresa di pari importo annuo, nell'ultimo triennio, realizzato esclusivamente per lo svolgimento del servizio di trasporto scolastico presso pubbliche amministrazioni, anziché del servizio nel settore di riferimento, restringa in maniera discriminatoria e irragionevole la platea dei concorrenti alla gara, ha accolto l'istanza cautelare.

Con motivi aggiunti notificati il 20 luglio 2010, anche a Ferrovie Nord Milano Autoservizi S.p.A., la ricorrente, che ha partecipato alla gara, ha impugnato tutti i verbali di gara, il provvedimento con cui essa è stata esclusa e l'aggiudicazione in favore della controinteressata, non mancando di evidenziare come il Comune abbia proceduto in gran fretta ad aggiudicare la gara, nonostante fosse stato edotto della pendenza del ricorso.

Con ordinanza n. 844 del 29 luglio 2010 la Sezione ha accolto la nuova istanza cautelare confermando, altresì, la precedente ordinanza.

Alla udienza pubblica del 10 novembre 2010, in assenza sia dell'Amministrazione che della controinteressata non costituitesi in giudizio ed ascoltato il difensore della ricorrente, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

2.1. Con un unico articolato motivo l'istante deduce, nel ricorso introduttivo, violazione di legge e dei principi generali in materia di concorrenza nelle gare pubbliche, eccesso di potere per travisamento dei presupposti e per inutile aggravamento del procedimento.

In sintesi essa si duole che la clausola della *lex specialis* per cui è causa sarebbe eccessivamente ed inutilmente restrittiva della concorrenza; in proposito fa presente che la stazione appaltante sarebbe sufficientemente garantita, in punto di capacità tecnica delle concorrenti, anche dalla dimostrazione di fatturato di impresa di pari importo annuo, nell'ultimo triennio, realizzato nello svolgimento di servizi nei settori della mobilità collettiva, anziché in quello specifico del trasporto scolastico.

D'altra parte osserva che la fattispecie concreta non sembra rientrare nelle ipotesi per le quali la giurisprudenza amministrativa è orientata ad ammettere la legittimità di requisiti di partecipazione più stringenti in quanto trattasi di un campo in cui la legislazione di settore tende, al contrario, ad incentivare il superamento degli assetti monopolistici (cfr. art. 43 della L.r. 14 luglio 2009, n. 11).

Le osservazioni della ricorrente colgono nel segno.

Il richiamato art. 43 del testo unico delle leggi regionali in materia di trasporti, stabilisce che, allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione, per l'affidamento dei servizi di trasporto, la Regione, le province ed i comuni fanno ricorso alle procedure concorsuali in

conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi.

E', dunque, la legge regionale a prevedere l'applicazione delle norme nazionali e comunitarie sugli appalti pubblici di servizi - tra i cui principi va richiamato quello della massima partecipazione - e ad indicare, quale parametro di riferimento, la pregressa esperienza nel settore della mobilità collettiva senza distinguere tra servizi specifici, quale può essere quello scolastico.

In applicazione di tale principio, come interpretato dalla giurisprudenza, è pur vero che la stazione appaltante ha il potere discrezionale di fissare i requisiti di partecipazione ad una gara, ma tale potere va esercitato secondo criteri di ragionevolezza, parità di trattamento ed efficienza della azione amministrativa, nonché dei principi, di derivazione comunitaria, di concorrenza ed apertura del mercato degli appalti pubblici (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 27 agosto 2006, n. 1877).

Ne deriva che possono essere previsti requisiti di partecipazione ristretti e selettivi solo quando tali criteri rispondano ad esigenze oggettive dell'Amministrazione e non appaiano sproporzionati, specie avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e all'esigenza di non ridurre, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5269; cfr., più di recente: Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201).

Nel caso di specie, oltre alla chiara indicazione della legge regionale che, come detto, fa riferimento soltanto al settore della mobilità collettiva, l'introduzione nel bando di gara di requisiti di partecipazione che, di fatto, precludono l'accesso alla gara ai coloro che non abbiano una specifica esperienza nel settore del trasporto scolastico, non appare conforme né al criterio di ragionevolezza né ai principi, di derivazione comunitaria, di concorrenza e massima partecipazione.

Sebbene il trasporto scolastico abbia caratteristiche in parte diverse da quello per la collettività in generale, a tali caratteristiche può attribuirsi giusta rilevanza in sede di valutazione dell'offerta, ad esempio prevedendo criteri diversificati di attribuzione dei punteggi, trattandosi di appalti da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma non è ragionevole elevare l'esperienza pregressa nello specifico settore a requisito di accesso alla gara.

Il bando e il disciplinare di gara impugnati sono, pertanto, illegittimi e vanno annullati.

2.2. Dall'annullamento che precede discende, a cascata, l'annullamento di tutti gli atti di gara, ritualmente impugnati con motivi aggiunti, ivi compreso il provvedimento di esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione in favore della controinteressata, rimasta unica concorrente.

In proposito il Collegio rileva che il provvedimento di esclusione si

fonda apparentemente su due motivi: il primo è la mancanza, in capo ad AIR Pullman S.p.A. del requisito di capacità tecnica in discorso; il secondo è l'asserita inosservanza del disposto di cui al punto 4.7. lett. c) del disciplinare in quanto "non tutte le pagine risultano sottoscritte in calce per accettazione dal Titolare o Legale Rappresentante...a pena di esclusione" (verbale del 28 giugno 2010 - doc. 7).

La ricorrente contesta tale circostanza con il terzo motivo articolato nei motivi aggiunti, con cui deduce eccesso di potere per travisamento, assurdit  manifesta e illogicit , formulando tre rilievi. Sotto un primo profilo la disposizione invocata richiederebbe che il capitolato d'oneri sia solo siglato in ogni pagina e sottoscritto in calce per accettazione, intendendosi un'unica sottoscrizione per accettazione dell'intero contenuto del documento; il che sarebbe puntualmente avvenuto, atteso che il legale rappresentante ha apposto sigle e sottoscrizioni esattamente come indicato; allega, da ultimo la deducente, che il motivo addotto sarebbe, comunque, pretestuoso tant'  che nella nota del 5 luglio 2010, con cui la stazione appaltante ha comunicato l'esito della gara (doc. 10), lo stesso non   pi  menzionato;  , infatti, scritto che "la vs. spett.le Societ    stata esclusa dall'iter di gara successivo alla valutazione dei documenti di ammissione, in quanto non in possesso del requisito di cui all'art. 4.5. lett. B".

Il motivo dedotto   in ogni caso fondato.

Il tenore lessicale della disposizione contenuta al punto 4.7. lett. c)

del disciplinare depone anzitutto inequivocabilmente per l'interpretazione datane dalla ricorrente per cui la sottoscrizione per accettazione andava apposta una sola volta, in calce al documento; a fronte della contestazione sul punto svolta dalla ricorrente, l'amministrazione non ha svolto del resto alcuna difesa né ha prodotto documenti a confutazione, non essendosi neanche costituita in giudizio.

Ritiene, pertanto, il Collegio che, ai fini del decidere, debba trovare applicazione, oggi anche in forza del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a., il principio di non contestazione quale principio con valenza generale nel processo (Cass., sez. lav., 8 aprile 2010, n. 8335).

Non ignora sotto questo particolare profilo la Sezione i temperamenti che la giurisprudenza di legittimità tende ad applicare affinché un fatto, allegato da una parte, possa considerarsi pacifico, sì da essere posto a base della decisione; a tal fine non è, infatti, sufficiente la mancata contestazione occorrendo, invece, che esso sia esplicitamente ammesso ovvero che la parte abbia illustrato argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento (Cass., sez. II, 29 aprile 2010, n. 10285): la nota del 5 luglio 2010, innanzi richiamata, ove il rilievo è stato totalmente abbandonato, associata alla mancata difesa in giudizio, autorizza ad affermare che, a fronte delle puntuali deduzioni della ricorrente, alla suddetta nota debba attribuirsi valenza confessoria.

Se ne deve inferire che l'unico motivo posto a base dell'esclusione dalla gara della ricorrente resta integrato dall'assunto difetto del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 4.5. lett. b) del disciplinare di gara ed al par. III.2.3. della Sezione III del bando di gara: atti già dichiarati illegittimi.

Per le suesposte considerazioni il ricorso, assorbiti gli ulteriori motivi, va accolto e, per l'effetto, vanno annullati tutti gli atti di gara.

3. Le spese, in ragione della soccombenza sostanziale, essendo il Comune edotto delle illegittimità della *lex specialis* fin da prima di dare avvio alla operazioni di gara, vanno poste a suo carico e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla tutti gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Garbagnate Milanese alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila) oltre rimborso forfetario spese generali, oneri previdenziali e fiscali come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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