



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1083 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
F.LLI GALLO AUTO S.A.S., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv. Marina Icardi, Paolo Ponzio e Paolo Scaparone,
con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, via S. Francesco
D'Assisi, 14;

contro

COMUNITÀ COLLINARE VIGNE E VITI, con sede in Incisa Scapaccino (At),
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.
Giuseppe Greppi, Paolo Monti e Giorgio Razeto, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Antonio Fiore in Torino, corso Alcide De Gasperi, 21;

nei confronti di

BMC TOUR S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, non
costituita;

per l'annullamento

della determina n. 25 in data 2.8.2010 del responsabile del servizio scolastico della Comunità Collinare "Vigne e Viti" n. 73/08, avente ad oggetto l'aggiudicazione in via definitiva alla soc. BMC TOUR srl del servizio di trasporto alunni sul territorio dell'Unione Collinare, a seguito di procedura di cottimo fiduciario;
del verbale della commissione in data 23.7.2010 e dell'aggiudicazione provvisoria;
con i motivi aggiunti depositati in data 4.11.2010:
della determinazione n. 31 del 15.10.2010;
del verbale di deliberazione della Giunta della Comunità Collinare "Vigna Vini" n. 23 in data 15.10.2010;
dell'invito per procedura negoziata ristretta, senza pubblicazione di bando, per affidamento servizio di trasporto alunni delle scuole dei Comuni dell'Unione del responsabile del servizio appalti in data 20.10.2010 e del relativo capitolato d'appalto;
di ogni altro atto antecedente, preordinato, consequenziale o comunque connesso del relativo procedimento;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Collinare "Vigne e Vini" di Incisa Scapaccino (At);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Comunità Collinare “Vigne e Viti” di Incisa Scapaccino ha bandito una procedura di cottimo fiduciario per l’affidamento del servizio di trasporto degli alunni delle scuole dei Comuni dell’Unione per l’anno scolastico 2010/2011.

La lettera di invito ha determinato il prezzo a base d’asta in € 180.000,00 oltre IVA e ha previsto che l’aggiudicazione sarebbe avvenuta secondo il criterio del maggior ribasso percentuale.

2. Alla gara hanno partecipato due concorrenti: la società F.lli Gallo Auto s.a.s. (che ha offerto un ribasso percentuale dello 0,01%) e la società BMC Tour s.r.l., gestore uscente del servizio (che ha offerto un ribasso percentuale dell’1,01%).

3. All’esito della valutazione delle offerte, con determinazione del responsabile del servizio n. 25 del 02.08.2010, la gara è stata aggiudicata definitivamente alla BMC Tour.

4. Con ricorso a questo Tribunale ritualmente proposto, la società Gallo Auto, seconda classificata, ha impugnato la predetta determinazione e ne ha invocato l’annullamento, con le consequenziali pronunce di carattere caducatorio e risarcitorio, sulla base di tre motivi, con i quali ha lamentato: 1) la mancata esclusione della società aggiudicataria, la cui offerta, in palese violazione di una precisa prescrizione della legge di gara, recava un’evidente correzione nell’indicazione della percentuale di ribasso; 2) il difetto di motivazione dell’atto impugnato, e, in particolare, la mancata indicazione delle ragioni per le quali la stazione appaltante, pur in presenza di un’evidente correzione non consentita dal bando, avesse ritenuto che l’offerta non ingenerasse confusione circa l’esatto importo indicato; 3) la contraddittorietà dell’atto impugnato con precedenti provvedimenti della stessa amministrazione e la disparità di trattamento fra i concorrenti, posto che in occasione di analoga procedura per l’affidamento del medesimo servizio per l’anno scolastico 2009-2010, l’offerta della ricorrente non era stata ammessa perché recava una cancellatura.

5. In prossimità della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, i difensori dell'ente resistente hanno prodotto in giudizio due nuovi provvedimenti adottati medio tempore dalla Comunità Collinare, e precisamente:

1) la determinazione del responsabile del servizio n. 31 del 15.10.2010, con la quale, in sostanziale accoglimento del primo motivo di ricorso, si è stabilito:

- di procedere in via di autotutela: a) all'annullamento della determina di aggiudicazione definitiva in favore della soc. BMC Tour; b) all'esclusione di quest'ultima dalla procedura di gara; c) alla non aggiudicazione del servizio di trasporto oggetto di gara;

- di rimettere alla Giunta dell'Unione ogni ulteriore decisione in merito all'affidamento del servizio;

- di prorogare provvisoriamente l'affidamento del servizio all'attuale gestore BMC Tour fino alle decisioni che sarebbero state prese dalla Giunta;

2) la deliberazione della Giunta dell'Unione n. 23 del 15.10.2010 con la quale, preso atto di quanto determinato dal responsabile del servizio, si è stabilito:

- di indire una nuova gara mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 57 D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

- di mantenere provvisoriamente il servizio di trasporto in capo a BMC Tour, per un massimo di 20 giorni;

- di prevedere che nella procedura negoziata fosse imposto l'obbligo all'impresa aggiudicataria di mantenere in servizio i medesimi autisti già assunti dal gestore uscente BMC Tour;

- di dichiarare caducato il contratto d'appalto stipulato con la Ditta BMC Tour.

6. Avverso questi ultimi due provvedimenti, la ricorrente ha proposto motivi aggiunti con atto ritualmente proposto, articolando due distinte censure. In particolare:

1) con la prima di esse, specificamente riferita alla predetta determina n. 31/2010, la ricorrente ha lamentato che la stazione appaltante, dopo aver escluso correttamente la ditta aggiudicataria per l'irregolarità dell'offerta presentata, abbia poi deciso di annullare l'intera procedura di gara anziché procedere, come pure avrebbe potuto e dovuto secondo principi di economicità dell'azione amministrativa, all'assegnazione immediata del servizio ad essa ricorrente; in secondo luogo, ha lamentato l'inesistenza e la lacunosità della relativa motivazione, evidenziando, in particolare, come la stazione appaltante non abbia giustificato in alcun modo l'asserita maggiore convenienza economica derivante dall'espletamento di una nuova gara né abbia indicato da quali elementi di fatto abbia desunto la possibilità di ottenere un maggior ribasso; tanto più che la stessa ricorrente, negli anni 2006, 2007, 2008 e 2009, ha conseguito l'aggiudicazione del medesimo servizio offrendo percentuali di ribasso (variabili tra lo 0,01% e lo 0,02%) del tutto analoghe a quella (dello 0,01%) ritenuta inadeguata nella gara appena conclusa; i predetti vizi, oltre ad inficiare la determinazione di annullamento della gara, si rifletterebbero altresì sugli atti successivi "sotto il profilo dell'invalidità derivata";

2) con il secondo motivo aggiunto la ricorrente, ha censurato, invece, la deliberazione della Giunta dell'Unione n. 23 del 15.10.2010 e la conseguente lettera di invito del 20.10.2010 nelle parti cui tali atti prescrivono l'obbligo per la ditta aggiudicataria della nuova gara di mantenere in servizio gli stessi autisti attualmente assunti da BMC Tour: ha dedotto, sotto questo profilo, la violazione dei principi di libertà di iniziativa economica e di autonomia contrattuale sanciti rispettivamente dall'art. 41 Cost. e dall'art. 1322 c.c., nonché la violazione della par condicio fra i concorrenti.

7. In data 16.11.2010 si è costituita la Comunità Collinare Vigne e Vini, resistendo al gravame con articolate difese.

8. Con ordinanza n. 851/10 del 19.11.2010, la Sezione ha accolto in parte la domanda cautelare (limitatamente alla doglianza formulata con il secondo motivo aggiunto) e per l'effetto ha sospeso la deliberazione della giunta della Comunità Collinare Vigne e Vini n. 23 del 15 ottobre 2010 limitatamente al punto n. 3 del deliberato e la lettera di invito in data 20 ottobre 2010 limitatamente all'art. 4 punto 8, fissando contestualmente per la trattazione di merito l'udienza pubblica del 13 gennaio 2011.

9. In prossimità dell'udienza di merito del 13.01.2010, la difesa di parte ricorrente ha prodotto una nuova memoria.

La difesa dell'ente resistente ha prodotto, invece, copia del contratto di appalto per la gestione del servizio per il periodo dal 21.11.2010 all'11.06.2011, sottoscritto in data 20.12.2010 tra la Comunità Collinare e l'impresa ricorrente in esito alla nuova procedura di gara: gara conclusasi con l'aggiudicazione del servizio ad essa ricorrente, unica partecipante, con un ribasso del 15,01%. Il deposito di detto documento è stato accompagnato da una "nota" con la quale la difesa dell'ente ha precisato che il contratto "non contiene la clausola oggetto di controversia la quale imponeva all'impresa aggiudicataria l'assunzione degli autisti precedentemente in servizio".

10. In esito all'udienza pubblica del 13 gennaio 2011, sentiti i difensori delle parti come precisato nel verbale, il collegio ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

1. Osserva il collegio che il ricorso introduttivo va dichiarato improcedibile per sopravvenuta cessazione della materia del contendere a seguito della decisione dell'amministrazione di annullare in corso di causa, in via di autotutela, l'atto impugnato.

2. Quanto ai motivi aggiunti, occorre distinguere.

2.1. Il primo motivo aggiunto è infondato. Nella lettera di invito l'Amministrazione si era riservata la facoltà di non procedere all'aggiudicazione in presenza di una sola offerta valida, qualora quest'ultima non fosse ritenuta "congrua e conveniente" (art. 3, comma 2). Nell'esercitare detta facoltà, l'Amministrazione ha chiarito di non ritenere conveniente l'offerta della società ricorrente "perché il ribasso offerto sul prezzo a base d'asta [era] dello 0,01%, ossia quasi pari a zero" e considerato altresì che la stessa procedura concorsuale "[aveva] dimostrato che l'Amministrazione [poteva] sperare in un maggiore ribasso".

Ritiene il collegio che la decisione dell'amministrazione si sottragga alle censure proposte, per le seguenti ragioni:

- la Sezione condivide il principio per cui l'amministrazione può provvedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria e dell'intera procedura di gara in presenza di un'unica offerta valida, senza obbligo di particolare motivazione, specialmente se l'intervento in autotutela di tipo caducatorio sia basato su una valutazione di convenienza economica (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 novembre 2009, n. 10991; TAR Lombardia Milano, sez. III, 02 maggio 2006, n. 1108);

- nel caso di specie, la facoltà dell'amministrazione di non procedere alla aggiudicazione dell'appalto per ragioni di convenienza economica è stata prevista direttamente nella legge di gara ed è stata esercitata correttamente dalla stazione appaltante attraverso un provvedimento che il collegio reputa congruamente motivato;

- in particolare, non appare irragionevole l'aver ritenuto che l'esiguo ribasso offerto dall'unica concorrente rimasta in gara fosse facilmente migliorabile in una nuova procedura, essendo detto ribasso assai prossimo allo zero;

- né appare illegittimo che tale previsione sia stata desunta anche dalla percentuale di ribasso offerta nella gara appena espletata dal concorrente escluso, dal momento che la predetta esclusione, motivata da ragioni meramente formali, non impediva alla stazione appaltante di assumere quella stessa offerta come semplice elemento di fatto, sintomatico dell'esistenza di una disponibilità del mercato ad offrire prezzi più convenienti;

- è quindi irrilevante che negli anni passati la ricorrente si fosse aggiudicata il servizio offrendo percentuali di ribasso non dissimili da quella ritenuta incongrua dall'amministrazione nella procedura annullata, dal momento che la nuova procedura aveva evidenziato l'esistenza di una diversa propensione del mercato: confermata, del resto, dal ribasso del 15 % con cui la stessa ricorrente si è aggiudicata la nuova procedura negoziata.

La censura in esame è dunque infondata e va respinta.

2.2. E' invece fondato il secondo motivo aggiunto.

Come giustamente rilevato dalla ricorrente, **l'obbligo imposto all'impresa aggiudicataria della nuova gara di mantenere in servizio i medesimi autisti già assunti dal gestore uscente integra un'evidente violazione del principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., giacchè determina, in via unilaterale, l'imposizione di un vincolo a contrarre al di fuori dei casi tassativamente tipizzati dal legislatore.**

Va dunque affermata l'illegittimità della deliberazione n. 23 del 15 ottobre 2010 della Giunta della Comunità Collinare "Vigne e Viti" di Incisa Scapaccino, limitatamente al punto n. 3 del deliberato e l'analoga previsione contenuta nell'art. 4 punto 8 della lettera di invito del 20.10.2010.

3. In conclusione, i motivi aggiunti vanno accolti in parte, nei termini e nei limiti sopra esposti.

Le spese di lite possono essere compensate attesa l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci sulla questione di diritto posta dal ricorso introduttivo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17.12.2008, n. 6281 e TAR Calabria Reggio Calabria 13 giugno 2005, n. 835, pur a fronte di un più consistente orientamento contrario) e la parziale reciproca soccombenza quanto ai motivi aggiunti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

a) dichiara improcedibile il ricorso introduttivo per sopravvenuta cessazione della materia del contendere;

b) accoglie in parte i motivi aggiunti, e per l'effetto annulla:

- la deliberazione n. 23 del 15 ottobre 2010 della Giunta della Comunità Collinare "Vigne e Viti" di Incisa Scapaccino, limitatamente al punto n. 3 del deliberato;

- la lettera di invito per procedura negoziata a firma del responsabile del servizio appalti in data 20 ottobre 2010, limitatamente all'art. 4 punto 8;

c) compensa le spese di lite

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2011

IL SEGRETARIO

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