



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 2841 del 2011, proposto da:
S.A.L. Servizi Automobilistici Lecchesi S.r.l., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Claudio Morpurgo e Silvia Di Stefano, con domicilio
eletto presso il primo in via Monte Napoleone, 20 a Milano

contro

Comune di Camparada, rappresentato e difeso dall'avv. Mario
Bertacco nel cui studio in Milano, Corso Monforte, 39 è
elettivamente domiciliato

nei confronti di

Impresa Marasco Pasquale, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Giuseppe Murdolo e Marzia Eoli ed elettivamente domiciliata presso
il primo in Milano, via F. Daverio, 6

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla ditta Marasco Pasquale dell'appalto del servizio di trasporto scolastico degli alunni della scuola secondaria di primo grado per gli anni scolastici 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014, adottato con determinazione dirigenziale n. 115 del 5.9.2011;

della comunicazione di aggiudicazione definitiva prot. n.3825 del 5.9.2011;

della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Camparada n. 66 del 20.7.2011;

del verbale di gara con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria; della nota del Comune di Camparada prot. 3725 del 25.8.2011;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Camparada e della ditta Marasco Pasquale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La S.r.l. SAL, Servizi Automobilistici Lecchesi, premesso di aver partecipato alla gara bandita dal Comune di Campearada per l'aggiudicazione del servizio di trasporto scolastico per gli anni scolastici 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 e di essersi classificata al secondo posto nella graduatoria finale, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla impresa Marasco Pasquale affermando che tale soggetto non avrebbe documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando sia con riguardo alle caratteristiche dei mezzi di trasporto, sia in relazione alla qualità del personale impiegato per la loro conduzione.

Afferma, in particolare, la ricorrente che in base al punto C) del bando di gara, rubricato "Requisiti di capacità tecnica", le imprese concorrenti avrebbero dovuto autocertificare nella domanda di partecipazione di essere in possesso dei mezzi necessari per lo svolgimento del servizio, "aventi tutti i requisiti specificati nell'art.18 del capitolato speciale di appalto" e di disporre di personale dipendente avente tutti i requisiti specificati nell'art. 19 del medesimo capitolato.

L'art. 18 del capitolato di gara imponeva altresì alla ditta appaltatrice di dare esecuzione al servizio con mezzi rientranti in una classe ambientale non inferiore ad Euro 4 o Euro 2 con FAP (filtri antipercolato) e sottoposti a cicli di pulizia giornaliera, settimanale, quindicinale, oltre che a sanificazione semestrale da parte di ditta

certificata ISO 9001 e 14000.

L'art. 19 del capitolato prevedeva, invece, l'impiego di personale sottoposto a visite mediche, a drug test ed alle disposizioni previste dal D.Lgs. 81 del 2008 “negli ultimi tre anni”.

Nessuno dei predetti requisiti sarebbe stato correttamente documentato dall'impresa aggiudicataria.

Questa, in particolare, anziché produrre le schede di installazione dei filtri antipercolato e i libretti di circolazione attestanti la corrispondenza dei mezzi alla classe ambientale prescritta dal capitolato, si sarebbe limitata a fornire (tardivamente) al Comune delle dichiarazioni provenienti da officine private che attestavano l'avvenuto montaggio dei filtri solo in data 5 agosto 2011.

A proposito della pulizia e sanificazione dei mezzi la ditta Marasco avrebbe prodotto un foglio contenente un elenco di operazioni compiute sui propri automezzi nel luglio 2011 non recante alcuna intestazione, oltre che delle attestazioni di certificazione di qualità riferite ad imprese alle quale essa non risulta aver conferito alcun incarico.

Con riguardo ai controlli sanitari effettuati sul proprio personale l'impresa aggiudicataria avrebbe prodotto solo 2 giudizi di idoneità riferiti all'anno 2011 e non anche ai tre anni precedenti come richiesto dal capitolato.

La ricorrente lamenta, inoltre, che il contratto di appalto sarebbe stato stipulato prima dello spirare del termine di stand still e che la

comunicazione ad essa effettuata ex art. 79 del codice del contratti non recherebbe alcuna motivazione.

Si sono costituiti il Comune di Camparada e la controinteressata impresa Marasco per resistere al ricorso.

Secondo il Comune di Camparada il possesso di mezzi dotati di filtri antipercolato così come gli obblighi relativi alla pulizia degli stessi, non costituirebbero requisiti di qualificazione che le imprese partecipanti avrebbero dovuto possedere al momento della presentazione della offerta, ma requisiti prestazionali che riguardavano solo il momento della esecuzione del contratto.

Inoltre, se l'Amministrazione avesse considerato il possesso dei mezzi dotati di filtri antipercolato come requisiti di qualificazione, la stessa SAL avrebbe dovuto essere esclusa perché, come da lei stessa dichiarato, alla data del 5 agosto 2011 il montaggio dei filtri FAP sui suoi automezzi non era ancora stato annotato nei relativi libretti di circolazione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Va innanzitutto rigettata l'eccezione di carenza di interesse formulata da entrambe le parti intimata con riferimento alla prima censura formulata da SAL sulla base del presupposto che nemmeno essa avrebbe dimostrato di possedere automezzi dotati di FAP al momento della presentazione della offerta.

Infatti, non essendo stato investito questo Tribunale della questione

relativa alla legittima ammissione di SAL alla gara con ricorso incidentale, allo stesso rimane preclusa qualunque considerazione in ordine alla legittimità ed efficacia di tale provvedimento i cui effetti, ai fini del presente giudizio, non possono essere messi in discussione. Nel merito le tesi difensive delle parti intime omettono di considerare che in base al punto C) del bando di gara i requisiti previsti dagli artt. 18 del capitolato speciale con riguardo alle caratteristiche degli automezzi da destinarsi alla esecuzione del contratto erano altresì richiesti come requisiti di capacità tecnica che le imprese dovevano attestare di possedere già al momento della offerta.

Dalla documentazione prodotta dalla impresa Marasco a comprova della veridicità di quanto autocertificato nella domanda di partecipazione è emerso che i filtri antipercolato sono stati installati sui propri mezzi solo dopo l'aggiudicazione della gara e, pertanto, non erano presenti già al momento della offerta.

Lo stesso è a dirsi con riguardo alla prova della sottoposizione degli autobus destinati al trasporto scolastico alle procedure di pulizia e sanificazione da parte imprese dotate di certificazioni di qualità ISO 9000 e 14000 che non è stata in alcun modo fornita dalla impresa aggiudicataria.

Risulta altresì fondata la censura relativa alla mancata dimostrazione della sottoposizione dei conducenti della impresa Marasco alle verifiche di idoneità sanitaria, anche con riferimento all'uso di

sostanze stupefacenti, nel triennio precedente all'affidamento del servizio.

Non può accogliersi l'interpretazione della *lex specialis* proposta dalle parti intimata secondo cui sarebbe sufficiente una sola visita nell'arco del triennio.

E' evidente, infatti, che una sola verifica di idoneità effettuata in un arco temporale così esteso sarebbe priva di ogni valenza certativa, soprattutto se riferita all'uso di sostanze psicotrope le cui tracce tendono gradualmente a scomparire nel tempo.

Non a caso la *lex specialis* richiamava in proposito le disposizioni del D.Lgs. 81 del 2008, il quale all'art. 41 prescrive che le verifiche sanitarie sul personale dipendente, in assenza di specifiche disposizioni legislative, debbano essere effettuate con cadenza annuale.

Sicché, la prova offerta dall'impresa aggiudicataria di aver eseguito una sola verifica di idoneità sanitaria dei propri conducenti nell'arco del triennio non poteva ritenersi sufficiente ad integrare il requisito previsto dal bando.

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva deve, pertanto, essere annullato.

Con riguardo alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto il Collegio deve prendere atto che questo risulta essere stato stipulato prima del decorso del termine dilatorio previsto dall'art. 11 comma 10 del D.Lgs. 163 del 2006.

Ciò non può in alcun modo giustificarsi in relazione all'urgenza di dare inizio al servizio di trasporto, in quanto tale necessità – tutta da dimostrare - avrebbe, al più, potuto legittimare la richiesta di esecuzione provvisoria, ma non già la stipula del contratto.

La domanda di privazione di effetti del contratto deve essere quindi esaminata alla stregua di quanto prevede l'art. 121 del codice del processo amministrativo a proposito delle violazioni qualificate gravi. Premesso ciò il Collegio deve innanzitutto verificare ai sensi del comma 1 lett. c) della predetta norma se il mancato rispetto del termine dilatorio abbia impedito o ostacolato l'esercizio dell'azione cautelare da parte dell'impresa e se il suo interesse sostanziale all'aggiudicazione sia stato effettivamente lesa dalle violazioni commesse dall'amministrazione nel corso della procedura di gara.

La sussistenza del primo requisito nel caso di specie appare indubbia, atteso che la ricorrente non ha potuto ottenere la sospensione del provvedimento di aggiudicazione in quanto, alla data fissata per discussione in camera di consiglio della istanza cautelare da essa proposta, il contratto era oramai stato stipulato.

Sussiste, inoltre, anche il secondo requisito posto che i vizi dell'aggiudicazione che la ricorrente fa valere hanno avuto una diretta influenza sulle possibilità della stessa di aggiudicarsi il contratto, incidendo in modo diretto sulla formazione della graduatoria.

La declaratoria di inefficacia non appare, inoltre, preclusa dalla sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Tali esigenze non sono nemmeno state prospettate dall'amministrazione e, in ogni caso, alla luce della documentazione versata in atti dalle parti non emergono elementi che possano far ritenere sproporzionate o anomale le conseguenze derivanti dall'avvicendamento nell'esecuzione del servizio di trasporto scolastico.

Quanto alla decorrenza della inefficacia il Collegio ritiene che, in assenza di ogni deduzione sul punto delle parti, essa debba essere stabilita nei limiti dell'interesse del ricorrente al subentro nel contratto per le prestazioni che ancora non hanno avuto esecuzione, in conformità al principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato applicabile anche al giudizio speciale in materia di appalti pubblici.

La dichiarazione di inefficacia, infatti, diversamente dalle sanzioni alternative, non costituisce una misura che il giudice deve applicare nell'interesse obiettivo della legge, ma è, invece, strumentale all'accoglimento della domanda di tutela in forma specifica del ricorrente nei casi in cui questa sia stata proposta, come si evince anche dall'art. 124, comma 1 del codice del processo amministrativo.

Di regola, pertanto, si tratterà di una pronuncia con effetti limitati alle prestazioni contrattuali che il ricorrente può ancora eseguire, salvo che lo stesso ricorrente o le altre parti deducano uno specifico interesse ad ottenere la sua retrodatazione alle prestazioni già eseguite (come, ad esempio, potrebbe fare l'amministrazione in

funzione dell'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebitto nei confronti dell'aggiudicatario).

Venendo all'esame della domanda con cui il ricorrente chiede che l'amministrazione venga condannata ad aggiudicargli il contratto, il Collegio rileva che sussistono in astratto gli estremi per il suo accoglimento, atteso che, una volta estromessa la ditta Marasco, la ricorrente rimane l'unica impresa in graduatoria. Tuttavia la condanna all'aggiudicazione del contratto deve essere pronunciata con la salvezza delle verifiche preliminari alla stipula che l'amministrazione potrà effettuare.

L'accoglimento della domanda di tutela in forma specifica comporta la limitazione della richiesta risarcitoria per equivalente all'utile di impresa che la ricorrente non ha potuto percepire nel periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione.

Erra, tuttavia, SAL ad identificare tale utile con l'intero corrispettivo dovuto.

L'utile di impresa, in assenza di prova della sua esatta consistenza, può essere determinato in base ad una percentuale del 10% del prezzo contrattuale al netto del ribasso d'asta effettuato dal concorrente. Tale percentuale, non avendo SAL provato di aver subito un fermo delle maestranze e dei mezzi dell'impresa, deve ridursi al 5% sulla base della ragionevole presunzione che tali risorse siano state utilmente impiegate altrove.

L'importo in tal modo determinato dovrà essere ulteriormente

incrementato della rivalutazione monetaria e degli interessi sul capitale via via rivalutato.

E' sulla base di tale criterio che il Comune di Camparada dovrà quindi offrire a SAL una somma a titolo di risarcimento del danno per equivalente in relazione al periodo che va dalla data di stipulazione del contratto con l'impresa Marasco a quella in cui verrà stipulato un nuovo contratto con quella ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo
La parziale conservazione della efficacia del contratto per le prestazioni già eseguite costituisce, in base al comma 4 dell'art. 121 c.p.a., il presupposto per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 del medesimo codice in relazione alla violazione dell'art. 11, comma 10 del D.Lgs. 163 del 2006.

Su tale questione il Collegio ritiene di doversi pronunciare con separata sentenza fissando all'uopo per l'udienza di discussione la data dell'11.7.2012.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, dispone quanto segue:

A) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- 1) annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio di trasporto scolastico alla impresa pasquale Marasco;
- 2) dichiara inefficace il contratto stipulato dal Comune di Camparada

con l'impresa Pasquale Marasco per l'esecuzione del predetto servizio a far data dalla pubblicazione della presente sentenza;

3) condanna il Comune di Camparada ad aggiudicare l'appalto messo in gara alla S.r.l. SAL Servizi Automobilistici Lecchesi, previa esecuzione delle verifiche preliminari alla stipula;

4) condanna il Comune di Camparada a risarcire alla ricorrente il danno derivante dalla perdita dell'utile di impresa da determinarsi in base ai criteri di cui in motivazione, condizionatamente all'esito positivo delle verifiche di cui al punto precedente;

5) condanna il Comune di Camparada e l'impresa Marasco Pasquale, in via fra loro solidale, alla rifusione delle spese di lite nei confronti della ricorrente che liquida in Euro 6.500,00, oltre IVA e c.p.a.:

6) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

B) Visti gli artt. 121, comma 1 lett. c), 121 comma 4 e 123 del codice del processo amministrativo, contesta al Comune di Camparada di aver proceduto in violazione del comma 11 dell'art. 10 del D.Lgs. 163 del 2006 a stipulare il contratto per l'esecuzione del servizio di trasporto scolastico di cui al bando pubblicato in data 24 giugno 2011 prima che fossero decorsi 35 giorni dall'invio della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e fissa per la decisione sulla applicazione delle sanzioni previste dall'art. 123 del codice del processo amministrativo l'udienza dell'11.7.2012.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 aprile

2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2012

IL SEGRETARIO

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