



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8229 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Formia Noleggi Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Di Principe, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Sepe in Roma, viale Regina Margherita, 37;

contro

Comune di Colonna, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Liliana Farronato e Stefano Mosillo, presso i quali è elettivamente domiciliato in Roma, via Costabella, 26;

nei confronti di

Soc Cilia Travel Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, n.c.;

per l'annullamento

quanto all'atto introduttivo del giudizio

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in data 2 settembre 2010, con il quale il Comune di Colonna ha escluso o comunque deciso di non prendere in considerazione l'offerta presentata dalla Formia Noleggi Srl nell'ambito della procedura in economia mediante "Cottimo fiduciario per l'affidamento Servizio Trasporto Scolastico Istituto Comprensivo di Colonna AA.SS. 2010/2011 – 2011/2012 – 2012/2013 – 2013/2014 CODICE CIG 0511048226", aggiudicando il 2 settembre 2010, provvisoriamente, il ridetto servizio in favore della Cilia Travel Srl;

in via subordinata, della determinazione n. 145, adottata dal Comune di Colonna in data 16 luglio 2010, così come rettificata dalla determinazione n. 147 del 21 luglio 2010 del ridetto Comune;

dell'avviso e del bando di gara pubblicati sul profilo committente;

della lettera di invito del Comune di Colonna in data 19 luglio 2010, distinta per le imprese espressamente invitate alla procedura con i numeri 4971, 4973, 4974, 4976 e 4977;

del capitolato d'oneri;

dell'atto di nomina della Commissione;

di tutti i verbali di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara d'appalto

nonché per l'accertamento

del diritto al risarcimento del danno ingiusto
nonché per la condanna
del Comune di Colonna al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, ove non possibile, per equivalente
quanto ai motivi aggiunti
per l'annullamento
del provvedimento del Comune di Colonna, in data 24 novembre 2010, con il quale è stata determinata
l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo Servizio Trasporto Scolastico Istituto Comprensivo di Colonna
AA.SS. 2010/2014 in favore di Cilia Travel Srl;
della determinazione n. 220 del 24 novembre 2010, adottata dal Comune di Colonna, con la quale è stata
determinata l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Cilia Travel;
dell'eventuale contratto, ove sottoscritto;
di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale
per l'accertamento
del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara d'appalto
nonché per l'accertamento
del diritto al risarcimento del danno ingiusto
nonché per la condanna
del Comune di Colonna al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, ove non possibile, per equivalente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Colonna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2014 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori
come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Colonna, con determinazione n. 145 del 16 luglio 2010, successivamente rettificata con
determinazione n. 147 del 21 luglio 2010, ha deliberato di procedere all'affidamento in economia del servizio di
trasporto per quattro anni scolastici (settembre 2010 – giugno 2014) destinato agli alunni dell'Istituto
Comprensivo di Colonna mediante procedura di cottimo fiduciario per un importo presunto a base di gara di €
200.000,00 Iva inclusa.

Con la stessa determinazione, l'amministrazione comunale ha stabilito che la modalità di scelta del contraente
sarebbe avvenuta mediante cottimo fiduciario previa indagine di mercato fra almeno cinque ditte secondo il criterio
dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente ha esposto che le dette determine, unitamente alla lettera d'invito, al capitolato d'onori ed al modello
di dichiarazione sub lett. A), sono state pubblicate sul Profilo committente della stazione appaltante il 19 luglio
2010 e che già il 17 agosto 2010, a fronte di una scadenza del termine di presentazione fissato per il 19 agosto, è
stato possibile visionare l'elenco delle cinque imprese invitate alla procedura di selezione del miglior contraente.

Ha soggiunto di avere presentato tempestivamente una offerta con relativa documentazione, ma che sul sito
informatico della stazione appaltante, in data 7 settembre 2010, è stato pubblicato un avviso di aggiudicazione

provvisoria in favore della Cilia Travel, dal quale risulterebbe che l'offerta di Formia Noleggi non è stata formalmente esclusa dalla procedura selettiva.

Di talchè, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

In via principale

Violazione degli artt. 2 e 3 l. n. 241 del 1990.

Non sarebbero comprensibili le ragioni della mancata considerazione dell'offerta presentata da Formia Noleggi.

L'amministrazione avrebbe avuto un preciso dovere di pronunciarsi espressamente.

La mancata considerazione dell'offerta sarebbe ancora più grave tenuto conto che la stessa sarebbe di gran lunga migliore delle due espressamente valutate.

Violazione della lex specialis di gara. Violazione dell'art. 125 d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio della massima partecipazione alle procedure di scelta del miglior contraente. Violazione della par condicio competitorum. Eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà infraprocedimentale.

La scelta della stazione appaltante di pubblicare, in data 19 luglio 2007, l'avviso di gara, così come l'ancillare documentazione amministrativa versata sul proprio profilo committente, denoterebbe la volontà di avviare un'indagine di mercato non ristretta alle cinque imprese espressamente invitate alla procedura.

In via subordinata

Violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per illogicità manifesta e contraddittorietà infraprocedimentale.

Il provvedimento di avvio della procedura di gara in economia avrebbe previsto quale criterio di selezione della migliore offerta quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre il criterio concretamente adottato dalla stazione appaltante è stato quello del prezzo più basso.

Violazione dell'art. 13 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 326 c.p.; violazione del principio della libera concorrenza.

La pubblicazione delle cinque lettere d'invito, consentendo alle imprese invitate di conoscere previamente i loro concorrenti, sarebbe lesiva del principio comunitario di libera concorrenza.

La ricorrente ha esteso, con atto di motivi aggiunti, l'impugnativa all'atto con cui, in data 24 novembre 2010, il Comune di Colonna ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Cilia Travel Srl.

I motivi aggiunti hanno sostanzialmente reiterato quanto dedotto con l'atto introduttivo del giudizio, formulando ulteriori argomentazioni anche alla luce del contenuto dell'ordinanza con cui questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

Il Comune di Colonna ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza delle condizioni soggettive dell'azione e, nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 12 novembre 2010, n. 4910.

All'udienza pubblica del 29 gennaio 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dall'amministrazione comunale resistente non può essere condivisa.

Il Comune di Colonna ha sostenuto che la ricorrente sarebbe carente di entrambe le condizioni soggettive dell'azione in quanto non lamenterebbe l'illegittimità della procedura di gara scelta dall'amministrazione né lamenterebbe l'illegittimità delle modalità di individuazione delle imprese da invitare alla procedura, mentre le doglianze proposte sarebbero relative alla mancata considerazione della propria offerta spontanea.

Il Collegio ritiene che le argomentazioni formulate dall'amministrazione resistente per evidenziare la carenza delle condizioni soggettive dell'azione costituiscono sostanzialmente le ragioni per le quali, come si vedrà *infra*, il

ricorso è infondato nel merito.

Viceversa, su un piano processuale, sussistono sia l'interesse al ricorso sia la legittimazione ad agire della Società ricorrente alla proposizione dell'azione di annullamento ed all'articolazione dei motivi d'impugnativa proposti in via principale.

L'interesse al ricorso è connaturato alla stessa richiesta della parte di accertare il proprio diritto all'aggiudicazione della gara d'appalto, per cui il "bene della vita" che Formia Noleggi intende perseguire attraverso l'annullamento degli atti impugnati è chiaro e radica senz'altro l'interesse ad ottenere una pronuncia sulla domanda giudiziale atteso che, ove il ricorso fosse accolto, la ricorrente ne conseguirebbe un evidente vantaggio.

La legittimazione ad agire parimenti sussiste in quanto, nella prospettazione della parte ricorrente, la cui persuasività, come detto, occorre delibare attraverso l'esame di merito delle censure, è indubbio che la stessa sia titolare di una posizione differenziata, per avere proposto l'offerta, e qualificata, perché la normativa in materia di contratti pubblici è dettata anche a tutela e nell'interesse degli operatori di settore che manifestano la volontà di concorrere all'aggiudicazione di un appalto.

2. Nel merito, il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

2.1 Formia Noleggi, in via principale, ha sostenuto che non sarebbero comprensibili le ragioni della mancata considerazione dell'offerta presentata, peraltro di gran lunga migliore rispetto a quelle valutate, laddove l'amministrazione avrebbe avuto un preciso dovere di pronunciarsi espressamente.

La scelta della stazione appaltante di pubblicare sul sito internet l'avviso di gara prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in particolare, denoterebbe la volontà di avviare un'indagine di mercato non ristretta alle cinque imprese espressamente invitate alla procedura.

Le censure non possono essere condivise.

L'amministrazione comunale, con determinazione n. 145 del 16 luglio 2010, ha deliberato di procedere all'affidamento del servizio in economia premettendo che l'impresa avrebbe dovuta essere individuata "mediante l'espletamento di apposita procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara, previa consultazione di almeno cinque ditte specializzate nel settore di attività di cui si tratta, individuate sulla base di indagini di mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, secondo quanto previsto dall'art. 125 comma 11 dl D.Lgs. 163/2006".

L'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, codice dei contratti pubblici, stabilisce che per servizi e forniture di importo fino a determinate soglie, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

Le imprese partecipanti alla procedura, pertanto, sono soltanto quelle consultate dalla stazione appaltante, vale a dire quelle alle quali è stata inviata la lettera di invito, né sussiste in capo alla stazione appaltante un generale obbligo di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta o che siano nella condizione di poter legittimamente aspirare ad essere consultate.

In altri termini, la procedura di cottimo fiduciario si caratterizza per il fatto che la stazione appaltante opera un confronto tra le sole imprese che essa stessa individua e consulta, ma non tra altre imprese non espressamente invitate.

Ne consegue che l'azione amministrativa si rivela immune dalle censure dedotte in quanto - non essendo individuata tra le imprese da consultare e non essendo stata conseguentemente invitata alla presentazione di un'offerta - Formia Noleggi deve ritenersi estranea alla procedura, sicché la stazione appaltante non aveva alcun

obbligo di procedere ad una sua formale esclusione essendo *in re ipsa* la ragione per la quale l'amministrazione non ha proceduto alla valutazione della sua offerta.

Né può sostenersi che, con la pubblicazione degli atti di gara sul proprio profilo committente, l'amministrazione abbia ingenerato un affidamento negli operatori del settore tale da rendere illegittima la omessa valutazione dell'offerta presentata nei termini da impresa diversa da quelle consultate ed invitate.

In proposito, si ribadisce che la procedura di cottimo si differenzia dalle procedure di scelta del contraente aperte o ristrette, rappresentando rispetto alle stesse una modalità più snella giustificata dal limitato importo dell'appalto, in quanto la manifestazione di volontà volta alla individuazione delle imprese partecipanti è attribuita alla stazione appaltante e non alle singole imprese, per cui, nonostante la pubblicazione sul sito internet degli atti di gara, verosimilmente funzionale alla realizzazione del principio di trasparenza di cui all'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, la stazione appaltante non aveva alcun obbligo di prendere in considerazione offerte presentate da imprese non consultate.

Diversamente, non sono stati dedotti vizi di legittimità avverso la scelta del Comune di Colonna di procedere all'acquisizione in economia del servizio mediante procedura di cottimo fiduciario ex art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006, né sono stati dedotti vizi di legittimità relativi alle modalità ed ai criteri con cui sono state selezionate le imprese da consultare.

2.2. L'infondatezza dei motivi di impugnativa articolati in via principale determina la carenza di interesse e di legittimazione della ricorrente all'esame dei motivi articolati in via subordinata, atteso che, rispetto alla procedura espletata, non ha alcun interesse e qualificazione.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 1.500,00 (millecinquecento/00), sono poste a carico della ricorrente ed a favore dell'amministrazione comunale resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 1.500,00 (millecinquecento/00), in favore dell'amministrazione comunale resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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