



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 757 del 2013, proposto da: Ditta Garau Mauro Autonoleggio, in persona del legale rappresentante, con sede in Guspini (CA), e Societa Autolinee Frau Srl, in persona del legale rappresentante, con sede in Oristano, sia in proprio che nella loro rispettiva qualità di mandataria e mandante dell'ATI tra essere costituita, rappresentate e difese dagli avv.ti Benedetto Ballero e Francesco Ballero, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

contro

Unione dei Comuni "Alta Marmilla", in persona del legale rappresentante in carica, con sede in Ales, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Casula, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

nei confronti di

Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc, con sede in Villa Verde, in persona dei legali rappresentanti, controinteressata e ricorrente incidentale, rappresentata e

difesa dagli avv.ti Federico Pinna e Adriano Atzei, con elezione di domicilio come da procura speciale in atti;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 233 del 5.09.2013 con la quale la procedura di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 07/09/2013 - 30/06/2017, è stato aggiudicato alla Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc.;
 - di tutti i verbali di gara (1; 2; 3; 4) nella parte indicata in ricorso;
 - nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali;
 - nonché per l'annullamento, o per l'accertamento della nullità e/o dell'inefficacia del relativo contratto eventualmente stipulato, con subentro della ricorrente nell'appalto e nel contratto;
 - in via subordinata, per l'annullamento del Bando di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico Periodo: aa.ss. 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017, con il Disciplinare, con il Capitolato e con tutti gli allegati;
- nonché, infine, per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente, sia nella forma specifica che in quella per equivalente, nella misura che verrà determinata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unione dei Comuni "Alta Marmilla";

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Società Giara Bus di Olla Sergio e C Snc;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Giara Bus di Olla Sergio e C Snc, col quale si chiede l'annullamento degli atti e verbali di gara e delle determinazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva nella sola parte in cui viene ammesso alla gara in questione il raggruppamento di imprese composto

dalla Ditta Garau Mauro Autonoleggio (mandataria) e dalla Società Autolinee Frau Srl (mandante);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2014 il dott. Marco Lensi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Col ricorso in esame la parte ricorrente principale chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, rappresentando quanto segue.

Con determinazione n. 101 del 16 aprile 2013 del Dirigente del Servizio ufficio affari generali - gare e contratti, e con successivo bando pubblicato in data 15 maggio 2013, è stata indetta dall'Unione dei Comuni "Alta Marmilla", la procedura per l'appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 07/09/2013 - 30/06/2017, da espletarsi con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tale selezione hanno partecipato solamente due concorrenti, ossia, l'ATI ricorrente principale e la ditta Giara Bus snc.

Essendosi conclusa la procedura di gara con l'aggiudicazione in favore di quest'ultima concorrente, l'ATI composta dalla Ditta Garau Mauro Autonoleggio e dalla Società Autolinee Frau Srl, ha proposto il ricorso principale in esame, col quale si chiede l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 233 del 5.09.2013 con la quale la procedura di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 07/09/2013 - 30/06/2017, è stato aggiudicato alla Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc.; di tutti i verbali di gara (1; 2; 3; 4) nella parte

indicata in ricorso; nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

Si chiede altresì l'annullamento, o l'accertamento della nullità e/o dell'inefficacia del relativo contratto eventualmente stipulato, con subentro della ricorrente nell'appalto e nel contratto.

In via subordinata, la ricorrente chiede l'annullamento del Bando di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico Periodo: aa.ss. 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017, con il Disciplinare, con il Capitolato e con tutti gli allegati.

Si chiede, infine, il risarcimento del danno subito dalla ricorrente, sia nella forma specifica che in quella per equivalente, nella misura che verrà determinata in corso di causa.

A tal fine, la parte ricorrente avanza articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, e conclude per l'accoglimento del ricorso.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata aggiudicataria, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso, di cui si chiede il rigetto.

La società controinteressata aggiudicataria altresì avanzato ricorso incidentale col quale si chiede l'annullamento degli atti e verbali di gara e delle determinazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva nella sola parte in cui viene ammesso alla gara in questione il raggruppamento di imprese composto dalla Ditta Garau Mauro Autonoleggio (mandataria) e dalla Società Autolinee Frau Srl (mandante).

Con successive memorie le parti hanno approfondito le proprie argomentazioni, insistendo per le contrapposte conclusioni.

Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2014, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Col ricorso principale in esame si chiede l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 233 del 5.09.2013 con la quale la procedura di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 07/09/2013 - 30/06/2017, è stato aggiudicato alla Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc.; di tutti i verbali di gara (1; 2; 3; 4) nella parte indicata in ricorso; nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

Si chiede altresì l'annullamento, o l'accertamento della nullità e/o dell'inefficacia del relativo contratto eventualmente stipulato, con subentro della ricorrente nell'appalto e nel contratto.

In via subordinata, la ricorrente principale chiede l'annullamento del Bando di gara per l'appalto del servizio di trasporto scolastico Periodo: aa.ss. 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017, con il Disciplinare, con il Capitolato e con tutti gli allegati.

Si chiede, infine, il risarcimento del danno subito dalla ricorrente, sia nella forma specifica che in quella per equivalente, nella misura che verrà determinata in corso di causa.

Col ricorso incidentale avanzato dalla società controinteressata si chiede l'annullamento degli atti e verbali di gara e delle determinazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva nella sola parte in cui viene ammesso alla gara in questione il raggruppamento di imprese composto dalla Ditta Garau Mauro Autonoleggio (mandataria) e dalla Società Autolinee Frau Srl (mandante).

Il ricorso incidentale avanzato dalla controinteressata aggiudicataria Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc, col quale si impugna l'ammissione alla gara del raggruppamento di imprese ricorrente principale, deve essere accolto, stante la fondatezza della censura in ordine alla genericità dei contratti di avvalimento mediante i quali la ricorrente principale si è avvalsa della impresa ausiliaria Nuova

Tesei bus s.r.l. relativamente ai requisiti tecnici-organizzativi della pregressa esperienza maturata richiesti dal disciplinare di gara.

Il bando di gara al punto III.2.1.3), nonché il disciplinare di gara, all'articolo 6 "Requisiti per l'ammissione alla gara", relativamente ai "Requisiti di capacità tecnico-organizzativa", richiede il requisito dell'"Esperienza specifica nel settore", richiedendo "Elenco con relative attestazioni dei principali servizi di trasporto scolastico nelle scuole pubbliche d'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado effettuati con buon esito negli anni scolastici 2009-2010, 2010-2011, 2011-2012, riferite, per ciascun anno scolastico ai seguenti dati:

n. degli alunni trasportati; date di effettuazione del servizio; committenti dei servizi.

Il numero complessivo triennale degli studenti trasportati, riferito agli anni scolastici suddetti, non potrà essere inferiore a 750 (settecentocinquanta).

Da comprovare mediante massimo n. 3 (tre) referenze di servizi di trasporto scolastico, per un importo complessivo non inferiore a euro 1.776.136,00 (Iva esclusa); tali servizi dovranno essere state svolte in maniera consecutiva, regolarmente e con buon esito (senza che si siano verificate inadempienze gravi formalizzate con provvedimenti definitivi, anche amministrativi, aventi caratteristiche ed effetti sanzionatori)".

Ciò premesso, si rileva che ambedue le ditte del RTI ricorrente principale si sono avvalse degli stessi servizi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria Nuova Tesei bus s.r.l..

Deve ritenersi la fondatezza della censura in esame secondo cui "Il contratto di avvalimento, pertanto, e la quota di qualificazione così ottenuta risultano generici, in quanto tali inidonei a soddisfare la dimostrazione del requisito, nelle forme e nei termini stabiliti dal bando, per gli operatori economici partecipanti in raggruppamento."

Stante le censure in ordine alla “Violazione dell’art. 49 del codice degli appalti in tema di avvalimento”, nonché in ordine alla “Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 del disciplinare di gara dedicato a Termini e modalità di presentazione delle offerte - avvalimento e dimostrazione dei requisiti inerenti la capacità tecnico-organizzativa”, censure espressamente indicate nella rubrica del terzo motivo di ricorso incidentale in esame; deve ritenersi la fondatezza di tali censure, nei termini e nei sensi espressi nel ricorso incidentale, secondo cui “ambedue le ditte del RTI controparte si sono avvalse, indistintamente, sempre degli stessi servizi messi a disposizione della ditta ausiliaria Nuova tesei bus srl. Con ciò i concorrenti hanno impedito la verifica di quali fossero la parte dei requisiti tecnici attribuibili e messi a disposizione alla ditta Garau Mauro e quali invece fossero messi a disposizione all’autolinee Frau srl. Il contratto di avvalimento, pertanto, e la quota di qualificazione così ottenuta risultano generici, in quanto tali inidonei a soddisfare la dimostrazione del requisito, nelle forme e nei termini stabiliti dal bando, per gli operatori economici partecipanti in raggruppamento.”.

Deve ritenersi infatti la fondatezza di tali censure, con le quali si lamenta la genericità dei contratti di avvalimento in questione, che non consentono la “verifica di quali fossero la parte dei requisiti tecnici attribuibili e messi a disposizione” alle ditte ricorrenti principali, con conseguente inidoneità di tali contratti di avvalimento e della quota di qualificazione così ottenuta, in ragione della loro genericità, “a soddisfare la dimostrazione del requisito, nelle forme e nei termini stabiliti dal bando, per gli operatori economici partecipanti in raggruppamento.”.

Tali censure risultano ulteriormente specificate nella memoria della ricorrente incidentale del 30 dicembre 2013, in cui si richiama la giurisprudenza amministrativa in ordine alla necessità di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento, sia avuto riguardo ai profili civilistici in ordine alla

nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità del relativo oggetto, sia avuto riguardo ai profili pubblicitici connessi alle procedure contrattuali del settore pubblico, in ordine alla necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche, per cui “la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti” (Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510).

Deve ritenersi l’ammissibilità dei predetti rilievi contenuti nella memoria della ricorrente incidentale del 30 dicembre 2013, in quanto approfondimenti e specificazioni di censure comunque contenute nell’atto introduttivo del ricorso incidentale in ordine alla genericità del contratto di avvalimento e della quota di qualificazione così ottenuta, espressamente lamentata al punto terzo del ricorso incidentale, nonché in ordine all’impossibilità della verifica di quali fossero la parte dei requisiti tecnici attribuibili e messi a disposizione alle ditte ricorrenti principali e in ordine all’inidoneità del contratto di avvalimento “a soddisfare la dimostrazione del requisito, nelle forme e termini stabiliti dal bando, per gli operatori economici partecipanti in raggruppamento”, per la sua genericità.

Tutto ciò rilevato, considerata l’assoluta genericità dei contratti di avvalimento in questione, prodotti in giudizio, nei quali si dichiara genericamente di mettere a disposizione delle ditte partecipanti per tutta la durata dell’appalto il requisito di capacità tecnica in questione, secondo le previsioni di cui all’articolo 49, comma 1 e seguenti del D.Lgs. 163/2006, senza tuttavia specificare alcunché in proposito, ritiene il collegio di dovere aderire all’indirizzo giurisprudenziale, invocato dalla

ricorrente incidentale (Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510), ribadito dalla ulteriore giurisprudenza amministrativa in materia.

In particolare, devono essere integralmente ribaditi, anche nel caso di specie, i principi affermati in materia da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 3290 del 29 dicembre 2012; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, n. 1092 dell'11 settembre 2013; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, n. 443 del 21 marzo 2013.

Per le suesposte considerazioni, stante la fondatezza delle censure esaminate ed assorbito ogni ulteriore motivo, il ricorso incidentale deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti e verbali di gara e delle determinazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva nella parte in cui viene ammesso alla gara in questione il raggruppamento di imprese composto dalla Ditta Garau Mauro Autonoleggio (mandataria) e dalla Società Autolinee Frau Srl (mandante), come chiesto dalla ricorrente incidentale.

Trattandosi, nel caso di specie, di gara di appalto a cui hanno partecipato due soli concorrenti (l'odierna ricorrente principale e l'odierna società controinteressata, aggiudicataria e ricorrente incidentale), alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea nella decisione pronunciata in ordine alla causa C-100/12 ed invocati dalla ricorrente principale nelle proprie memorie difensive, ritiene il collegio che debba essere esaminato anche il ricorso principale, stante l'interesse strumentale della ricorrente principale al rifacimento del procedimento di gara.

La domanda impugnatoria avanzata col ricorso principale, con la quale si chiede l'annullamento degli atti indicati in epigrafe, nella parte in cui la Società Giara Bus di Olla Sergio & C Snc non è stata esclusa dalla procedura di gara ed è stata proclamata aggiudicataria, deve essere accolta stante la fondatezza delle censure di cui al punto primo del ricorso principale di violazione degli articoli 74, 75 e 77 del D.Lgs. n. 163 del 2006; della art. 7 del disciplinare di gara; degli artt. 38, 46 e 47 del d.p.r. 28.12.2000 n. 445.

Premesso che dalla visura della Camera di Commercio relativa alla società controinteressata risulta che “L’amministrazione e la rappresentanza della società, nonché l’uso della firma spetta a entrambi i soci, con firma disgiunta per le operazioni del valore fino a euro 20.000,00 (ventimila virgola zero zero), oltre tale importo è richiesta la firma congiunta... omissis...”, non può che rilevarsi la fondatezza delle censure in esame, secondo cui, nel caso di specie, l’offerta tecnica, l’offerta economica e gli ulteriori atti indicati in ricorso avrebbero dovuto essere sottoscritti sia dal socio Sergio Olla sia dal socio Adalberto Pani, ai sensi della espressa previsione statutaria in tal senso, trattandosi, nel caso di specie, di operazione del valore superiore a € 20.000, con conseguente illegittimità dell’offerta tecnica dell’offerta economica che risultano essere state sottoscritte dal solo socio Sergio Olla.

Non può essere infatti condiviso l’assunto delle controparti secondo cui per “operazione” dovrebbe essere inteso solamente il contratto, ai sensi dei principi espressi in materia dal Consiglio di Stato, prima sezione, con la sentenza del 17/04/2012 n. 3310, secondo cui “devono intendersi per "operazioni" tutte le attività economiche pertinenti all’oggetto sociale alle quali sia assegnabile un valore economico”.

Neppure possono ritenersi sanati i predetti vizi in ordine alla presentazione dell’offerta tecnica e dell’offerta economica dalla circostanza che la domanda di partecipazione alla gara risulti sottoscritta da entrambi i soci in questione.

La predetta sottoscrizione da parte di entrambi i soci della domanda di partecipazione alla gara consente di ritenere che sia stata ritualmente espressa da parte della società Giara Bus snc la volontà di partecipazione alla gara, fermo restando, d’altra parte, l’irritualità e illegittimità delle modalità di presentazione dell’offerta tecnica ed economica.

Deve infatti ritenersi palese che una società che intenda partecipare ad una gara e che, a tal fine, abbia espresso ritualmente la propria volontà di partecipazione alla gara medesima, non sia comunque esonerata dal dovere e necessità che la relativa offerta tecnica e offerta economica siano anch'esse ritualmente presentate, nel rispetto delle modalità e formalità richieste dal relativo statuto al fine dell'imputabilità di tali offerte al soggetto partecipante, posto che, in caso contrario, il soggetto che ha validamente espresso la propria volontà di partecipare alla gara ha tuttavia presentato un'offerta invalida, per mancanza di un elemento essenziale identificativo dell'offerta, della sua provenienza e della sua imputabilità al soggetto partecipante, stante, in particolare e avuto riguardo al caso di specie, l'inidoneità del documento a valere come offerta per difetto di sottoscrizione (cfr. giurisprudenza indicata in ricorso).

Devono pertanto essere ribaditi anche nel caso di specie i principi affermati in materia dal Consiglio di Stato, prima sezione, nella già richiamata sentenza del 17/04/2012 n. 3310, secondo cui “è legittima l'esclusione di un'impresa dalla procedura di gara, disposta in ragione dell'inidoneità delle dichiarazioni rese (nella specie, la dichiarazione contenuta nell'offerta e quella successiva di conferma) ad impegnare la società nei confronti dei terzi in quanto firmate disgiuntamente dai due rappresentanti della società, ogni qualvolta, trattandosi di società in nome collettivo, per le quali è rimesso all'atto costitutivo e alle sue modificazioni d'indicare i soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società, dall'esame del certificato della Camera di commercio risulti che il sistema d'amministrazione prescelto è quello disgiunto, ma che per le operazioni d'importo superiore ad una certa cifra occorra la firma congiunta dei due soci amministratori, con la conseguenza che tale limitazione, iscritta nel registro delle imprese, è da reputarsi opponibile alla stazione appaltante”.

Per le suesposte considerazioni, stante la fondatezza delle censure esaminate ed assorbito ogni ulteriore motivo, la domanda impugnatoria avanzata col ricorso principale deve essere accolta, con conseguente annullamento degli atti impugnati in via principale col ricorso principale, ed in particolare del provvedimento di aggiudicazione definitiva con dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata aggiudicataria.

Dall'accoglimento sia del ricorso principale che del ricorso incidentale, nei sensi sopra evidenziati, consegue l'annullamento dei provvedimenti di ammissione di entrambe le concorrenti alla gara in questione, nonché degli ulteriori atti impugnati col ricorso principale ed in particolare del provvedimento di aggiudicazione definitiva con dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata aggiudicataria.

Deve essere invece respinta la domanda della ricorrente principale di subentro nel contratto, in ragione dell'accoglimento del ricorso incidentale e conseguente annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Per la medesima ragione deve essere respinta la domanda della ricorrente principale di risarcimento del danno sia nella forma specifica che in quella per equivalente, stante altresì la genericità della domanda di risarcimento del danno per equivalente così come genericamente chiesto in ricorso e non ulteriormente specificato e determinato in corso di causa.

Stante la particolarità della vicenda, sussistono motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio, sia relativamente al ricorso principale che al ricorso incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie sia il ricorso principale che il ricorso incidentale, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di ammissione di entrambe le concorrenti alla gara in questione, nonché gli ulteriori atti impugnati col ricorso principale ed in particolare il provvedimento di aggiudicazione definitiva e il contratto stipulato con la controinteressata aggiudicataria.

Respinge le domande della ricorrente principale di subentro nel contratto e di risarcimento del danno.

Spese compensate tra le parti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2014

IL SEGRETARIO

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