

MASSIMA – Estratto punto 7 della sentenza.

Nella fattispecie, infatti, non può che convenirsi con quanto ritenuto dal TAR in ordine al fatto che eventuali sopravvenienze ritenute rilevanti da parte della stazione appaltante, ai fini della gara già indetta, avrebbero dovuto essere fronteggiate unicamente con l'esercizio del potere di autotutela mercé l'annullamento del bando di gara e l'indizione di nuova procedura.

Il bando di gara ed il capitolato speciale, infatti, rappresentano una forma di autovincolo per l'amministrazione a tutela della trasparenza e della concorrenza degli operatori economici interessati alla procedura di gara.

Consiglio di Stato n. 2272 del 30.05.2016

N. 02272/2016REG.PROV.COLL.

N. 07540/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 7540 del 2015, proposto da: Comune di Pedavena, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Perco e Angelo Di Lorenzo, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

Autoservizi Garbin di Garbin Primo e Figli S.n.c., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Zortea, con domicilio eletto presso Fabio Falco in Roma, Via Giovanni P. Da Palestrina, n. 19;

nei confronti di

Dolomiti Bus S.p.a., Ditta Romano Gargarella Sebastiano Autonoleggi, non costituite in giudizio ;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 452/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di trasporto pubblico urbano e locale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autoservizi Garbin di Garbin Primo e Figli S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Andrea Reggio D'Acì, su delega dell'avvocato Angelo Di Lorenzo, e Domenico Tomasetti, su delega dell'avvocato Massimo Zortea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Veneto Autoservizi Garbin di Garbin Primo e Figli S.n.c. invocava l'annullamento della deliberazione n. 139 del 8.12.2000 della Giunta Comunale di Pedavena, di aggiudicazione della gara di appalto, avvenuta con il sistema del pubblico incanto col criterio del minor prezzo, per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico urbano locale e di eventuali gite scolastiche da effettuarsi all'interno del comprensorio scolastico feltrino, nonché del verbale di gara del 7.12.2000 e di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

2. Il TAR accoglieva il ricorso, accordando tutela per equivalente.

Rilevato, infatti, che il servizio oggetto di gara comprendeva, per esclusiva scelta dell'ente pubblico, sia il trasporto locale che quello scolastico, il primo giudice riteneva sussistente la violazione del principio della par condicio tra i concorrenti e dei principi della libera concorrenza in quanto, in mancanza dell'esercizio del potere di autotutela (sul bando), l'amministrazione non avrebbe potuto scorporare le due distinte attività oggetto di gara per procedere ad una separata assegnazione.

3. Avverso la suddetta pronuncia propone appello l'amministrazione comunale, lamentandone l'erroneità per le seguenti ragioni: 1) l'amministrazione non avrebbe disapplicato il bando di gara, ma avrebbe semplicemente preso atto dell'oggettiva impossibilità di appaltare il trasporto scolastico per mancanza del collaudo e dell'autorizzazione dei percorsi e delle fermate; avrebbe conseguentemente concluso la procedura di gara limitatamente al solo oggetto possibile, risolvendosi la tesi del TAR in un mero formalismo; 2) la formulazione delle offerte riferite al solo trasporto urbano senza considerare il trasporto scolastico escluderebbe la fondatezza del rilievo della sentenza impugnata secondo la quale i parametri dell'offerta sarebbero stato pregiudicati dalla

formulazione dell'offerta dell'aggiudicataria relativa ad una sola parte del servizio. Al contempo, se si fosse dovuto valutare l'offerta della ricorrente, la stessa sarebbe incorsa nell'esclusione non risultando unitaria; 3) sarebbe erronea la scelta di accordare il risarcimento del danno per equivalente dal momento che al giudicato di annullamento dovrebbe seguire l'obbligo per la stazione appaltante di rifare la gara.

4. Costituitasi in giudizio l'originaria ricorrente ha argomentato in ordine all'infondatezza dell'avverso gravame, evidenziando in particolare la correttezza della sentenza con riferimento anche alla statuizione inerente al risarcimento del danno, dal momento che la propria sarebbe stata la sola offerta completa in gara.

5. Nelle successive difese l'appellante ha insistito nelle proprie conclusioni, evidenziando tra l'altro che in caso di ripetizione la gara si sarebbe dovuta aggiudicare alla terza classificata, dal momento che anche l'originaria ricorrente non avrebbe presentato un'offerta conforme a bando, avendo presentato due offerte per i servizi oggetto di gara. Inoltre non vi sarebbe alcun danno imputabile all'amministrazione.

6. Con le ultime difese l'originario ricorrente ha insistito per la conferma della sentenza impugnata, evidenziando che la propria offerta non sarebbe doppia, ma unica e rappresentata dalla somma aritmetica delle componenti, in omaggio a quanto stabilito dal capitolato speciale che avrebbe previsto due stock di chilometraggio diverso per trasporto urbano e alunni. Inoltre, il servizio di trasporto alunni sarebbe comunque stato affidato senza gara a ditta privata, non rilevando nell'occasione l'amministrazione comunale alcuna impossibilità.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Nella fattispecie, infatti, non può che convenirsi con quanto ritenuto dal TAR in ordine al fatto che eventuali sopravvenienze ritenute rilevanti da parte della stazione appaltante, ai fini della gara già indetta, avrebbero dovuto essere fronteggiate unicamente con l'esercizio del potere di autotutela mercé l'annullamento del bando di gara e l'indizione di nuova procedura.

Il bando di gara ed il capitolato speciale, infatti, rappresentano una forma di autovincolo per l'amministrazione a tutela della trasparenza e della concorrenza degli operatori economici interessati alla procedura di gara. Pertanto l'amministrazione non può aggiudicare una parte dell'oggetto del servizio posto a base di gara, se non interviene sulla *lex specialis* e non consente a tutti gli operatori economici interessati di presentare apposita adeguata offerta in relazione all'effettivo oggetto della gara.

La scelta operata nel caso di specie dall'amministrazione risulta, invece, contraria ai principi che devono animare le gare pubbliche d'appalto e conduce all'illegittima aggiudicazione a favore di un concorrente che ha presentato un'offerta incompleta (o comunque diversa rispetto all'oggetto della gara).

Né in senso opposto può dirsi che l'offerta dell'aggiudicataria non sarebbe unitaria e, di conseguenza, la stessa non sarebbe mai potuta essere aggiudicataria della gara de qua.

Occorre rammentare, infatti, che il capitolato speciale di gara, cui il bando faceva espresso rinvio per la individuazione delle condizioni e delle modalità del servizio, prevedeva, all'articolo 1, che oggetto della gara fosse un'attività complessa ed indivisibile, tanto che l'art. 3 precisava ed indicava i chilometri di percorrenza annui del servizio (servizio scolastico Km. 20.300; percorso locale Km. 27.600). E' evidente quindi che la formulazione da parte dell'originario ricorrente di un'offerta

unitaria ma composta con separata indicazione dei due servizi in questione, costituenti l'unico servizio oggetto di gara, non contrasta affatto con la lex specialis.

Quanto, infine, alla tutela per equivalente riconosciuta dal primo giudice, deve rilevarsi che le doglianze sono state portate avverso la parte della sentenza che accerta l'anno del risarcimento e non a quella avente ad oggetto l'indicazione dei criteri.

Tanto premesso deve rilevarsi che l'originaria ricorrente secondo quanto risulta dal provvedimento di aggiudicazione del 7 dicembre 2000, ha presentato l'offerta più conveniente in relazione a quella delle altre due concorrenti, sicché non può negarsi in capo a quest'ultima la presenza di una posizione giuridica soggettiva. Inoltre, la condotta dell'amministrazione non può che definirsi illecita nella misura in cui si è caratterizzata per l'adozione di atti illegittimi lesivi dell'interesse legittimo dell'originario ricorrente a vedersi aggiudicato l'appalto de quo. Né a titolo di esimente possono essere invocate le successive vicende processuali, alle quali ha dato causa la stessa amministrazione con la sua attività illegittima e che l'hanno vista soccombente in entrambi i gradi di giudizio. Pertanto anche sotto questo profilo merita di essere confermata la sentenza di prime cure.

8. L'appello, pertanto, deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune di Pedavena al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, in favore di Autoservizi Garbin di Garbin Primo e Figli S.n.c..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2016

IL SEGRETARIO

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