

Publicato il 12/07/2018

N. 00294/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00092/2018 REG.RIC.



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 92 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Autolinee Onorati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Gai, Emanuela Anna Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federica Ardingo in L'Aquila, via Enrico De Nicola n.10;

contro

Comune di Celano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Fellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Celano, via O. Ranelletti 186;

nei confronti

Consorzio Re Manfredi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Libero Zingrillo, Romeo Tigre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio

eletto presso lo studio Nicola Libero Zingrillo in Foggia, via Dante Alighieri 28;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

previa adozione delle più idonee misure cautelari: del verbale di gara n.4 del 2 febbraio 2018 del Comune di Celano - Centrale Unica di Committenza C.U.C., recante la determinazione di esclusione della Autolinee Onorati S.r.l. dalla gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Celano (CIG .7214042FC5), nonché della graduatoria finale provvisoria; della determinazione n. 19 del Comune di Celano - Centrale Unica di Committenza C.U.C. del 7 febbraio 2018 con la quale è stata proposta l'aggiudicazione in via "provvisoria" del servizio in favore della RE Manfredi Consorzio a r.l.; della comunicazione di aggiudicazione provvisoria del Comune di Celano dell'8 febbraio 2018 (prot. 2051); nonché di tutti gli atti presupposti o susseguenti anche se incogniti, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione definitiva medio tempore disposta o di ogni altro atto abilitativo sulla base del quale dovesse nel frattempo essere affidato il servizio;

per il risarcimento dei danni ingiustamente patiti dalla ricorrente a cagione dell'adozione degli impugnati provvedimenti, da ristorarsi in forma specifica tramite la riammissione n gara della Autolinee Onorati S.r.l. e la conseguente declaratoria di aggiudicazione in proprio favore; oppure, in via espressamente subordinata, per equivalente.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 13.3.2018:

per l'annullamento del verbale di gara n. 4 del 2 febbraio 2018 del Comune di Celano - Centrale Unica di Committenza C.U.C., recante la determinazione di esclusione della Autolinee Onorati S.r.l. dalla gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Celano; della determinazione n. 19 del Comune di Celano - Centrale Unica di Committenza C.U.C. del 7 febbraio 2018 con la quale è

stata proposta l'aggiudicazione in via "provvisoria" del servizio in favore della RE Manfredi Consorzio a r.l.; della comunicazione di aggiudicazione provvisoria del Comune di Celano dell'8 febbraio 2018 (prot. 2051); della determinazione del Comune di Celano del 1 marzo 2018, pubblicata all'albo pretorio in data 7 marzo 2018, con la quale il Comune di Celano ha definitivamente affidato il servizio di trasporto scolastico al RE Manfredi Consorzio a r.l. per i prossimi cinque anni, contestualmente determinando di procedere alla consegna del servizio sotto le riserve di legge alla data del 19.03.2018; nonché di tutti gli atti presupposti o susseguenti anche se incogniti; nonché per il risarcimento dei danni ingiustamente patiti dalla ricorrente a cagione dell'adozione degli impugnati provvedimenti, da ristorarsi in forma specifica tramite la riammissione in gara della Autolinee Onorati S.r.l. e la conseguente declaratoria di aggiudicazione in proprio favore; oppure, in via espressamente subordinata, per equivalente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da RE MANFREDI CONSORZIO SOC.COOP. A R.L. il 23\3\2018 : per l'esclusione della Autolinee Onorati S.r.l. dalla gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di Celano (CIG .7214042FC5)

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Celano e di Consorzio Re Manfredi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2018 il dott. Mario Gabriele Perpetuini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Bando pubblicato il 28.09.2017, il Comune di Celano avviava la procedura di gara appalto del "servizio di trasporto scolastico per le scuole

presenti nel Comune di Celano da effettuarsi con minimo 2 mezzi e con personale minimo stabilito dalle vigenti normative" per la durata di cinque anni.

Nel Bando di gara la base d'asta veniva indicata in euro 550.000,00, oltre euro 1.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre Iva. Il criterio di aggiudicazione sarebbe stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Commissione di gara, in più sedute riservate, esaminava l'offerta tecnica e assegnava i seguenti punteggi: 1) Autolinee Onorati S.r.l., punti 61.0909; 2) RE Manfredi Consorzio Coop sociale a r.l., punti 42.3485.

In data 2 febbraio 2018, in seduta pubblica, la Commissione esaminava l'offerta economica delle società partecipanti contenuta nella busta " C" e nella medesima seduta verificava la presenza dell'Allegato A/3 denominato "Patto di integrità" nella documentazione prodotta dalle offerenti.

La Commissione - constatata la mancanza del suddetto allegato nella documentazione presentata dalla Autolinee Onorati srl - si riuniva in seduta riservata e decideva di escluderla con la seguente motivazione *"nell'allegato A/3 è espressamente specificato che lo stesso deve essere obbligatoriamente sottoscritto e presentato insieme all'offerta da ciascun partecipante alla gara. La mancanza del documento debitamente sottoscritto dal legale rappresentante del soggetto concorrente comporterà l'esclusione della gara"*.

Con determina n. 19 del 7 febbraio 2018, il Comune di Celano proponeva l'aggiudicazione in via provvisoria del servizio di trasporto scolastico a RE Manfredi Consorzio a r.l.

Contro i predetti provvedimenti insorge, con il ricorso introduttivo, la Autolinee Onorati S.r.l..

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente insorge avverso la determinazione del Comune di Celano del 1 marzo 2018, pubblicata all'albo pretorio in data 7 marzo 2018 e non comunicata alla ricorrente, con

la quale il Comune di Celano ha definitivamente affidato il servizio di trasporto scolastico al RE Manfredi Consorzio a r.l., contestualmente determinando di procedere alla consegna del servizio sotto le riserve di legge alla data del 19.03.2018.

Si è costituito il Comune di Celano resistendo al ricorso e chiedendone la reiezione.

Si è costituita, altresì, la controinteressata RE Manfredi Consorzio Coop sociale a r.l., resistendo al ricorso e proponendo ricorso incidentale.

Con Decreto 64/2018, veniva respinta la richiesta di tutela cautelare monocratica *“Ritenuto in conclusione che, ferma restando la più propria valutazione in sede collegiale, non sussistono allo stato le ragioni di estrema gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione della disamina della richiesta misura cautelare fino alla prossima camera di consiglio”*.

Con successiva Ordinanza n. 80/2018, questo collegio, *“Considerato che, se la successione temporale degli atti della procedura di gara pubblica lo consente, è ammissibile l'impugnativa congiunta ovvero con motivi aggiunti dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva e in tal caso, vale a dire in presenza di domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia "appalti", assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a.), si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello "super speciale" introdotto dal successivo comma 6 bis (cfr. Tar Bari, n. 1367 del 2016);*

considerato che, ad un sommario esame, il ricorso principale e quello per motivi aggiunti appaiono fondati sotto il profilo della dedotta violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, come chiarito dalla delibera n. 1374 del 21.12.2016 dell'Anac, dalla lettera della disposizione suindicata risulta che “la carenza della dichiarazione di accettazione del patto di integrità o la mancata produzione dello stesso

debitamente sottoscritto dal concorrente possono considerarsi regolarizzabili attraverso la procedura di soccorso istruttorio”, trattandosi di elementi che non afferiscono all’offerta tecnica ed economica;
considerato che, ad un sommario esame, il ricorso incidentale non appare fondato, in quanto non sembrano sussistenti le dedotte ragioni di esclusione della società ricorrente;
considerato che, attesa la complessità della controversia, possono compensarsi le spese di lite tra le parti”, accoglieva la domanda cautelare e sospendeva i provvedimenti impugnati.

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2018 la causa è passata in decisione.

Il collegio ritiene di scrutinare, in primo luogo, il ricorso incidentale.

Con il primo motivo del ricorso incidentale la controinteressata sostiene che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difetto di requisiti di capacità economico-finanziaria, poiché avrebbe chiuso in perdita gli ultimi quattro bilanci di esercizio.

Il motivo di ricorso è inammissibile per intervenuta decadenza dalla facoltà di far valere i vizi dell’ammissione alla gara della Autolinee Onorati S.r.l. ai sensi dell’art. 120, comma 2 bis, c.p.a.

Il RE Manfredi Consorzio a r.l., all’atto della proposizione del ricorso incidentale, risultava ormai decaduto dalla facoltà di contestare, in capo alla ricorrente, qualsivoglia presunta carenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, ai sensi dell’art. 120, comma 2 bis, del c.p.a., ai sensi del quale l’omessa impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Se il Controinteressato avesse voluto contestare la partecipazione della ricorrente alla gara in oggetto, avrebbe dovuto farlo nel termine tassativo di

30 giorni dalla pubblicazione – all’albo pretorio del Comune – del verbale recante l’elenco dei concorrenti ammessi, pubblicato all’albo pretorio del Comune di data 21 novembre 2017.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale il RE Manfredi Consorzio a r.l. ha lamentato la violazione dell’art. 95 comma 10 del codice degli appalti per non avere la Autolinee Onorati S.r.l. specificato nell’offerta economica i costi di manodopera.

La censura è infondata.

La questione concerne la corretta interpretazione dell’obbligo di separata indicazione nelle offerte economiche degli oneri di sicurezza interni e dei costi della manodopera di cui al citato art. 95.

In particolare ci si chiede se in tema di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e, a seguito del decreto correttivo al Codice, anche dei costi della manodopera, l’art. 95, comma 10 del D.Lgs. 50/2016 abbia introdotto o meno un vero e proprio obbligo di dichiarazione separata degli stessi nelle offerte economiche, anche in ipotesi di silenzio del bando e senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di offerte incomplete.

Sul punto il collegio ritiene che la sanzione espulsiva operi solo nel caso in cui il bando richieda la specifica e separata indicazione dei costi della manodopera, mentre in assenza di una tale previsione sarebbe ammesso il soccorso istruttorio.

Ciò qualora si contesti, come nel caso in esame, che nell’offerta presentata non sia stata specificata dettagliatamente la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri (c.d. carenza di ordine formale), ma non anche che la stessa sia stata formulata senza considerare tali costi nel prezzo finale (c.d. carenza di ordine sostanziale, insanabile).

In tal senso TAR Puglia, Lecce, sez. III, ord. 73/2018 secondo cui *“nel caso in esame la “lex specialis” non prevedeva la separata indicazione del costo della manodopera (ma solo degli oneri di sicurezza), né la modulistica MEPA da utilizzare nella procedura in discussione consentiva*

l'indicazione di tale specifica voce (chiedendo anzi espressamente la sola indicazione degli oneri di sicurezza), sicché correttamente la controinteressata non è stata esclusa, avendo essa comunque considerato il costo della manodopera nell'offerta economica complessiva inizialmente presentata, facendone peraltro successiva indicazione separata dopo la legittima richiesta di chiarimenti in tal senso da parte della stazione appaltante”.

Il ricorso incidentale, quindi, è infondato.

In relazione al ricorso introduttivo il collegio procede, in primo luogo, allo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata.

La “Re Manfredi” Consorzio Soc.Coop. a r.l. sostiene che le operazioni di gara si sono svolte nel rispetto di quanto imposto dal Bando di Gara e dai suoi allegati e l'esclusione è avvenuta in forza di quanto in essi letteralmente previsto.

Rispetto a tali prescrizioni i provvedimenti impugnati si connoterebbero in termini di stretta consequenzialità ragion per cui la ricorrente, se sostiene che nell'assumere i provvedimenti violati l'Amministrazione aggiudicatrice abbia violato l'art.1 comma 17 della L.190/2012, avrebbe dovuto impugnare anche il Bando di Gara, che espressamente nell'allegato A3 impone l'obbligo di deposito del Patto di Integrità sotto comminatoria di esclusione.

Al contrario ha invece omesso di impugnare il bando ed il capitolato con la conseguente inammissibilità del ricorso.

L'eccezione non può essere accolta considerato che la ricorrente principale non contesta la legittimità della richiesta della sottoscrizione del “Patto d'integrità” ma nega il fatto stesso che il documento in parola fosse richiesto dalla lex specialis e, in subordine, che qualora fosse davvero richiesto, l'Amministrazione comunale non avrebbe potuto procedere all'esclusione senza aver attivato il soccorso istruttorio.

Nel merito il ricorso principale è fondato.

Con un unico e articolato motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 8 e 9, del d.lgs n. 50/16, nonché dell'art. 1, comma 17, legge 190/12; violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 della costituzione; eccesso di potere per ingiustizia manifesta, illogicità ed irragionevolezza; violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche nonché dei principi di proporzionalità ed adeguatezza; sviamento.

In particolare la ricorrente sostiene la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 17, legge 190/12, a tenore del quale *“le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”*. La citata disposizione non può essere interpretata altrimenti se non considerando quale mera facoltà per le Stazioni appaltanti quella di prevedere a pena di esclusione – nel bando, nel disciplinare o nella lettera di invito - la sottoscrizione del patto di integrità. Facoltà che qui, evidentemente, non sarebbe stata esercitata dal Comune di Celano il quale non ha previsto l'esclusione nell'avviso, nel bando o nelle lettere d'invito ma solo nell'Allegato 3 del disciplinare di gara.

La censura non è fondata.

La prescrizione era prevista proprio nella legge di gara non potendosi considerare documentazione distinta dal bando gli allegati allo stesso per cui il *“Patto d'integrità”* deve essere considerato tra i documenti che i partecipanti alla gara avrebbero dovuto obbligatoriamente produrre.

Nonostante questo, però, la Commissione di gara, prima di escludere l'Autolinee Onorati S.r.l., avrebbe dovuto consentire il deposito dell'Allegato mancante facendo ricorso alla procedura del soccorso istruttorio.

L'art. 83, comma 9, d.lgs 50/16, prevede espressamente che *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica"*.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, in particolare, il soccorso istruttorio è lo strumento che consente di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

La ratio dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del favor participationis.

Nel caso di specie, non attenendo l'omissione della sottoscrizione del "patto d'integrità" ai requisiti essenziali dell'offerta, la stazione appaltante avrebbe dovuto ricorrere al soccorso istruttorio in luogo dell'esclusione della ricorrente.

Per i motivi suesposti il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti devono essere accolti e il ricorso incidentale deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così

dispone:

- 1) accoglie il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) respinge il ricorso incidentale.

Condanna il Comune di Celano e la "Re Manfredi" Consorzio Soc.Coop. a r.l. al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in euro 2000,00 oltre accessori di legge per ciascuno, in favore della ricorrente.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzzi, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Mario Gabriele Perpetuini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Mario Gabriele Perpetuini

IL PRESIDENTE
Antonio Amicuzzi

IL SEGRETARIO