

Pubblicato il 01/03/2021

N. 01759/2021REG.PROV.COLL.

N. 03497/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3497 del 2020, proposto da Comune Palmas Arborea, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Miscali, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Cobus 90, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Pinna, con domicilio eletto presso l'avvocato Stefano Gabbrielli in Roma, Piazzale delle Belle Arti 3;

nei confronti

Fara S.r.l. in proprio e quale capogruppo del costituendo r.t.i. con Autolinee Frau e Balestrucci S.r.l. non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione seconda) n. 112/2020, resa tra le parti, concernente l'esclusione da gara di appalto

del servizio di trasporto scolastico per gli alunni frequentanti le scuole presenti nel Comune di Palmas Arborea;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cobus 90;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021 tenuta da remoto il Cons. Raffaele Prospero e preso atto delle note di passaggio in decisione, depositate ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Palmas Arborea con determinazione 96 del 4 luglio 2019 aveva indetto una gara d'appalto con procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico degli alunni del Comune, da espletarsi mediante "Portale Sardegna cat", e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 24 mesi, importo a base di gara € 137.336,96 ed alla quale partecipavano due concorrenti, la Cobus90 e il raggruppamento temporaneo con capogruppo la ditta Fara s.r.l..

In data 6 agosto 2019, venivano aperte le buste amministrative e tecniche, cui seguiva l'esclusione di entrambe le concorrenti.

La Cobus90 veniva esclusa per inosservanza del termine perentorio assegnato a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, mentre l'altro concorrente era escluso per l'inosservanza circa le prescrizioni sulla formazione del r.t.i. verticale.

La stazione appaltante, nel ritenere la documentazione tecnica ed i suoi allegati non completi, aveva attivato il soccorso istruttorio nei confronti di Cobus,

comunicandolo in data 14 agosto 2019, alle ore 13.35; venivano richieste integrazioni in ordine al contenuto dei documenti a corredo dell'offerta tecnica, e segnatamente, della dichiarazione sostitutiva di atto notorio relativa ai servizi analoghi prestati in favore di altre amministrazioni, con chiarimenti sui servizi prestati in favore di pubbliche amministrazioni, anni di pertinenza e relativi importi, con il termine per la risposta entro la giornata di lunedì 19 agosto, facendo così coincidere tale termine con il ponte di Ferragosto.

Accadeva, così, che a causa della concomitanza del ponte di Ferragosto, la Cobus90, manifestata previamente l'impossibilità di poter fornire i chiarimenti richiesti, per essa e per la ditta di cui si era avvalsa, li forniva solo nelle giornate immediatamente successive del 20 e 21 agosto 2019.

La stazione appaltante decideva ugualmente di escludere la concorrente, decisione adottata anche per l'altra concorrente e la gara veniva così dichiarata deserta per mancanza di valide offerte, con il successivo affidamento in via diretta dell'appalto per quattro mesi, alla concorrente Fara s.r.l., per un prezzo superiore a quello prestato in gara.

Cobus90 impugnava dinanzi al T.a.r. per la Sardegna la propria esclusione con gli atti connessi e l'affidamento provvisorio, deducendo le seguenti censure:

- 1) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 50 del 2016 sul soccorso istruttorio, violazione dell'art. 9 del capitolato speciale d'appalto;
- 2) Violazione degli artt. 83 e 85 del d.lgs. 50 del 2016 sul soccorso istruttorio;
- 3) Violazione degli artt. 83 e 85 del d.lgs. 50 del 2016 sul soccorso istruttorio;
- 4) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 50 del 2016 sul soccorso istruttorio; eccesso di potere per irragionevolezza, violazione del principio di massima partecipazione e trasparenza, illogicità.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si costituiva il Comune di Palmas Arborea chiedendo il rigetto del ricorso.

Con la sentenza 24 febbraio 2020 n. 112 il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso, richiamando lo scopo del soccorso istruttorio, da attivarsi per sopperire a mancanze nella documentazione afferente la capacità tecnica economica, in ogni caso non per sanare irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica. Nella specie Cobus90 aveva dichiarato in gara “di aver espletato nell'ultimo triennio 2016/2017/2018 servizi identici svolti con altre PP.AA: anno 2016, importo €. 149.149,00; anno 2017 importo €. 152.287,00; anno 2018, importo €. 151.789,00” e tali dati erano ricavabili dal DGUE posto che, nella sezione dedicata ai requisiti di partecipazione erano stati compilati tutti i campi attestanti i servizi prestati in favore delle pubbliche amministrazioni con anni di riferimento ed importi; per cui l'attivazione del soccorso istruttorio era inutile, visto il documentato possesso del requisito, a prescindere dalla ristrettezza e gravosità del termine assegnato, ingiustificato per l'assenza di peculiari emergenze.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 23 aprile 2020 il Comune di Palmas Arborea impugnava la sentenza e premessa una lunga esposizione in fatto sulle vicende che avevano caratterizzato il giudizio di primo grado, deduceva il seguente articolato motivo:

Erroneità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione dell'art. 83 co. 9 d. lgs. 50 del 2016, dell'art. 43 d.P.R. 445 del 2000 e del combinato disposto di cui all'art. 9 co. 1, lett. b-c ed all'art. 11 co. 7 lett. b. Carezza e contraddittorietà della motivazione. Manifesta illogicità. Veniva richiamato il contenuto del capitolato ed i requisiti necessari da questo indicati, ivi compresa la documentazione sostitutiva attestante i servizi identici svolti presso altre PP.AA. oggetto del soccorso istruttorio, ivi compresi i documenti dell'ausiliaria Sina di Gianfranco Stevelli, non desumibili dal DGUE, come invece asserito nella sentenza impugnata. E la supposta ristrettezza del termine per il soccorso istruttorio altro non era che la fedele

applicazione delle previsioni di capitolato, in vista del prossimo avvio dell'anno scolastico.

La Cobus90 si è costituita in giudizio, difendendo le conclusioni della sentenza di primo grado.

All'udienza del 25 febbraio 2021 tenutasi da remoto, la causa è passata in decisione. Per ragioni di completezza va esaminata dapprima la censura inerente la ristrettezza del termine assegnato nella fase di soccorso istruttorio.

La censura è fondata.

Si deve rilevare che il primo inciso del terzo comma dell'art. 13 del capitolato speciale di appalto recita testualmente che *“nell'eventualità in cui si necessiti di procedere con il soccorso istruttorio, il tempo massimo per fornire la documentazione integrativa è fissato in giorni 3 (tre)”*.

Ora il capitolato non rientra tra i pur numerosi atti impugnati con il ricorso introduttivo e quindi si deve concludere che il Comune di Palmas Arborea ha legittimamente fatto uso delle regole che dovevano governare la gara; la circostanza che tale spazio temporale sia caduto in giorni tipicamente dedicati alle ferie con chiusura generalizzata di uffici è solo una circostanza sfortunata, derivata dai tempi di gara che hanno condotto alla chiusura del procedimento in quei giorni. Del resto, trattandosi di una gara connessa all'inizio dell'anno scolastico, non può nemmeno ritenersi un fatto del tutto patologico ed irragionevole.

Considerato quanto sopra, l'appello deve essere accolto, nonostante le ambiguità del capitolato di gara: questo all'art. 9 comma 1, lett. b) disponeva, tra le condizioni di partecipazione alla gara, il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria ai sensi dell'art. 83 d.lgs 50/2016, avendo effettuato prestazioni di medesima attività nel triennio precedente al bando di gara, di importo totale almeno pari al valore dell'appalto in oggetto, determinato dall'art. 8 del capitolato in €. 68.668,48 per anno scolastico, pari ad € 137.336,96 totali, Iva esclusa.

Ma il seguente art. 11 specifica nel descrivere i contenuti necessari dell'offerta tecnica, la presenza tra i requisiti richiesti al *Criterio 3: Capacità tecnica - economica: servizi identici - punteggio max 25 punti. Esperienza di gestione di servizi identici di cui al presente Capitolato, realizzati negli ultimi tre esercizi (2017/2018/2019), (Certificati di servizio rilasciati da pubbliche amministrazioni o dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 445/2000 attestante di aver eseguito servizi di trasporto scolastico nel triennio 2017/2019)* ed inoltre che *“al fine dell'attribuzione del punteggio saranno presi in considerazione i servizi svolti per conto di pubbliche amministrazioni accreditate all'IPA (Indice Pubbliche Amministrazioni), di cui al sito web: <http://www.indicepa.gov.it>.”*

Dall'esame del DGUE di Cobus90 si desume che il fatturato complessivo di Cobus90 per il 2016 ammonta ad €. 746.194,00, per il 2017 ad €. 804.256,00, per il 2018 ad €. 731.642,00, mentre per quanto concerne il fatturato relativo a servizi per le pubbliche amministrazioni, lo stesso ammonta ad €. 149.149,99 per il 2016, €. 152.287,00 per il 2017 e ad €. 151.789,00 per il 2018; va aggiunto che sono precisate le singole Amministrazioni che hanno beneficiato del servizio di trasporto scolastico: dunque, stando alla lettera dell'art. 9 del capitolato, che rimanda al triennio precedente il bando, Cobus90 ha il fatturato richiesto.

Ma tutto quanto sopra non concorda con il citato art. 11, il quale richiede il fatturato dei tre precedenti anni scolastici, ovverosia i periodi 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019, dunque l'indicazione del DGUE non appare esaustiva.

Ed anche il soccorso istruttorio disposto dal Comune richiede dichiarazione sostitutiva di atto notorio quanto ai *“servizi identici di cui al Criterio 3 "Capacità tecnica - economica: servizi identici", con espressa indicazione di: importo complessivo per anno scolastico di riferimento; Per ogni anno scolastico: Pubblica Amministrazione presso cui si è svolto il servizio, con l'indicazione per ognuna dell'importo al netto Iva e dell'anno scolastico di espletamento del servizio; Si ricordi che dovranno essere presi in considerazione gli ultimi tre anni scolastici (2016/2017, 2017/2018, 2018/2019).”*

Dunque, giunti a queste conclusioni, si deve rilevare che l'appellata non ha fornito le risposte richieste con il soccorso istruttorio, né questo era irrilevante, poiché il DGUE si riferiva a periodo diversi tanto da quanto stabilito dall'art. 11 del capitolato – che definiva con precisione l'entità del triennio antecedente – quanto da ciò che era richiesto con il soccorso istruttorio.

Quanto finora considerato, vale altresì per l'ausiliaria SINA, nel cui relativo DGUE era assente qualsiasi indicazione relativa alla seconda parte dell'anno scolastico 2018/2019.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la richiamata ambiguità del capitolato d'appalto nello specificare il periodo antecedente in cui i requisiti andavano posseduti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO