

N. 01772/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00465/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 465 del 2014, proposto da:
Atc Esercizio Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Piera Sommovigo, con domicilio eletto presso
Piera Sommovigo in Genova, Via Malta, 4a/14;

contro

Comune di Ortonovo, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sciacca, con domicilio eletto presso
Antonio Sciacca in La Spezia, c/o Segreteria T.A.R. Liguria;

nei confronti di

Società Autolinee Lorenzini Srl;

per l'annullamento

della determinazione n.57 del 31\3\2014, recante approvazione dei verbali della commissione
giudicatrice della gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per il periodo aprile
2014 - giugno 2015 nonché aggiudicazione in via definitiva del suddetto servizio alla ditta autolinee
Lorenzini di Ortonovo e richiesta risarcimento danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ortonovo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il dott. Roberto Pupilella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso regolarmente notificato e depositato il 7\5\2014, la società ATC. Esercizio spa impugna la determinazione n.57 del 31\3\2014, recante approvazione dei verbali della commissione giudicatrice della gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per il periodo aprile 2014 - giugno 2015 nonché aggiudicazione in via definitiva del suddetto servizio alla ditta autolinee Lorenzini di Ortonovo.

Viene poi avanzata una domanda di risarcimento dei danni subiti per l'illegittima aggiudicazione ad altra ditta del servizio di trasporto sopra indicato.

Questi i motivi di ricorso:

1)-Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs n.163\2006. Violazione e flsa applicazione dell'art. 38, c.2 del D.Lgs n.163\2006. Violazione e falsa applicazione dei principi della par condicio, di identità, provenienza ed immodificabilità delle offerte.

Eccesso di potere per difetto dei presupposti legittimanti.

2)-Violazione e falsa applicazione dell'art. 42, c.1 lett. a) del D.Lgs n.163\2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c.1 del D.Lgs n.163\2006. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Contraddittorietà. Travisamento. Illogicità e sviamento.

Si costituiva in giudizio il comune di Ortonovo che replicava sui motivi dedotti, insistendo sulla legittimità dell'operato dell'amministrazione.

Con ordinanza n.189\2014 del 28\5\2014 questa sezione respingeva la domanda cautelare di sospensione dell'aggiudicazione della gara alla contro interessata.

All'udienza del 20\11\2014, acquisite le memorie delle parti costituite la causa veniva trattenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Il ricorso non è fondato.

Dei due articolati motivi di ricorso non è innanzitutto fondato il primo che nega il soccorso istruttorio nel caso considerato, affermando la mancata certificazione dei requisiti speciali richiesti dall'amministrazione.

In questa situazione, secondo L'ATC, il comune avrebbe dovuto comminare l'espressa esclusione della ditta Autolinee Lorenzini.

L'assunto di partenza del motivo non è fondato, non trattandosi nel caso di specie della mancata certificazione ma al più di una insufficiente specificazione del requisito, dimostrato all'atto della presentazione dell'offerta.

Come ricordato dalla difesa del comune, altro sono i requisiti generali di partecipazione espressamente contemplati dall'art. 38 del codice degli **appalti** ed altro sono le specificazioni richieste nella lex specialis da parte della stazione appaltante.

In questo secondo caso e più specificamente nell'appalto qui considerato la lettera della disciplina di gara richiedeva che i partecipanti avessero il possesso dei requisiti richiesti dall'art. 5 del capitolato che andavano auto-certificati utilizzando i modelli allegati al bando.

Non si vede quindi come, in una simile situazione, non potesse operare il soccorso istruttorio, posto che nessuna clausola prevedeva l'esclusione del ricorrente in caso di insufficienza nella indicazione dei requisiti.

Inoltre, ed è la ragione che supporta la scelta dell'amministrazione di ammettere il soccorso istruttorio, non è contestato che i requisiti speciali richiesti dall'art. 5 del capitolato siano stati inseriti fin dall'origine nella busta contenente la documentazione amministrativa (doc.8 comune), riassunti nel modello "D" da parte della aggiudicataria.

La contestazione di parte ricorrente appare dunque al Collegio formalistica, volendo desumere da una eventuale insufficiente chiarezza nei documenti presentati la grave conseguenza della esclusione, mentre proprio per garantire la più ampia partecipazione possibile di concorrenti è stato introdotto e valorizzato dalla giurisprudenza più recente lo strumento del "soccorso istruttorio" (TAR Ct. IV n.2300\2014).

Il Consiglio di Stato (III, 8\9\2014 n.4543) ha infatti affermato che "Nelle gare pubbliche, in caso di omissione di una dichiarazione espressamente prevista dal bando, non si può fare ricorso al cd. soccorso istruttorio, atteso che esso è volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, a rettificare errori materiali o refusi, ma non a consentire integrazioni o modifiche della domanda".

Come ricordato nella memoria di costituzione del comune, i modelli utilizzati dai partecipanti alla gara erano allegati al bando e forniti quindi dall'amministrazione appaltante, con la conseguenza della necessità, per non incorrere in una contraddizione insanabile, della doverosità di ammettere il soccorso istruttorio per specificare i requisiti speciali richiesti nell'art. 5.

Non appare in definitiva fondata la censura ripresa nella memoria conclusiva dalla ATC, secondo la quale la documentazione presentata sarebbe da considerare mancante rispetto alle richieste della lex specialis.

Neppure il secondo motivo risulta, ad avviso del Collegio fondato. Secondo la tesi della ricorrente sarebbe mancata, nel caso di specie, una specifica valutazione da parte della stazione appaltante del reato di calunnia comminato in via definitiva al legale rappresentante della ditta aggiudicataria.

Tuttavia è affermazione ricorrente in giurisprudenza (CdS III 8\9\2014 n.4543) che "Nelle gare pubbliche la valutazione della gravità delle condanne riportate dai concorrenti e la loro incidenza sulla moralità professionale spetta esclusivamente alla stazione appaltante e non già ai concorrenti, i quali sono tenuti ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo essi operare alcun filtro, ciò implicando un giudizio meramente soggettivo inconciliabile con la ratio della norma".

Nel caso di specie, trattandosi di un reato innominato per il quale è stata disposta la sospensione condizionale della pena e la non menzione sul certificato penale, ne deriva l'esclusione dello stesso dal novero dei reati gravi riferiti alla moralità professionale del concorrente che è il fine tutelato dalla norma.

La giurisprudenza del CdS a questo proposito ha affermato (V sez. 2\10\2014 n.4392) che "nelle gare pubbliche la completezza e la veridicità, sotto il profilo della puntuale indicazione di tutte le condanne riportate, della dichiarazione sostitutiva di notorietà rappresenta lo strumento indispensabile, adeguato e ragionevole, per contemperare i contrapposti interessi in gioco, quello dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e qualità personali, che potrebbero risultare inutili o ininfluenti) e quello pubblico, delle Amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se ricorrono ipotesi di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, così realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito proprio con la gara di appalto.

Secondo la giurisprudenza infatti (Cd S. VI n.2622 21\5\2014; Tar Ct I sez. 10\4\2014 n.1059; Tar Veneto I n.349 del 6\3\2013) "la stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale".

Venendo ora alla censura più direttamente incidente sulla legittimità dell'appalto, cioè la contestazione della capacità tecnica della ditta aggiudicataria, il Collegio deve indagare sulle due diverse angolazioni nelle quali si diffonde il ricorso di ATC.

La prima afferma la violazione dell'art. 5 punto sette che richiede "una esperienza di almeno tre anni in servizi analoghi a quello oggetto del presente bando di gara".

Poiché la ricorrente non avrebbe dimostrato l'identità dei servizi svolti, cioè l'attività di scuolabus, se ne deriva la mancanza del requisito.

La giurisprudenza, anche di questo tribunale, (da ultimo II sez. n.1663 del 19\11\2014) ha più volte affermato che la dizione "servizi analoghi" non può essere ristretta al concetto di servizi identici, ma ha come perimetro di riferimento il settore oggetto della gara.

La giurisprudenza che il Collegio condivide ritiene che “Nel caso in cui il bando di gara pubblica chieda ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di “servizi analoghi”, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di “servizi analoghi” con quello di “servizi identici”, atteso che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche; aggiungasi che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”, poiché la prima formula (“servizi analoghi”) implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando. (CdS V 25\6\2014 3220; Tar veneto I sez.19\8\2014 n.1175).

Nel caso di specie la vincitrice ha documentato (doc.12 ricorrente) di aver svolto esclusivamente servizi di trasporto (scolastico), anche se riferiti non solo ai comuni ma nei confronti di altre amministrazioni od enti. Ne deriva l'insussistenza del motivo, non potendosi considerare non analoghi servizi di trasporto scolastico anche se riferiti a categorie di utenti o di fruitori diversi, come sembra suggerire la ricorrente in relazione al servizio di trasporto svolto nel 2005\2006 a favore della caserma Enderle.

Infine in relazione all'ultima contestazione che lamenta che il triennio preso in considerazione non sia consecutivo, perché al 2012 e 2013 seguono attività svolte in anni pregressi, è facile ribattere che, né il capitolato speciale, né il bando richiedono la sequenzialità dei tre anni per dimostrare la capacità tecnica richiesta. Milita tra l'altro a favore della predetta capacità la considerazione che negli anni 2012 e 2013 l'attività di trasporto scolastico ha avuto come utente il comune di Ortonovo.

Rientra quindi nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione appaltante ritenere comprovata la capacità tecnica con la prova della presenza sul mercato da almeno tre anni, anche se non consecutivi, aumentando in tal modo la platea di concorrenti alla gara (nello specifico solo tre concorrenti).

Il ricorso va, conclusivamente respinto.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Le spese sono poste a carico della società ricorrente e liquidate a favore del comune resistente nella misura complessiva di €.3000 (tremila), oltre ad IVA e CPA.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere, Estensore

Richard Goso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2014

IL SEGRETARIO

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