



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 numero di registro generale 7010 del 2011, proposto da:
Comune di Tarquinia, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pasquale Mosca, con domicilio eletto presso Giovanni Pasquale Mosca in Roma, corso D'Italia, 102;

contro

Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & c. s.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Pier Luigi Ceci, con domicilio eletto presso Anna Maria Venchi in Roma, viale Mazzini, 142;

nei confronti di

Eusepi Massimo in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Mariani, Tommaso D'Onza, con domicilio eletto presso Associati Mariani Menaldi in Roma, via Savoia 78;

Francesca Petullà, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 04810/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI TRASPORTO SCOLASTICO PER IL PERIODO 01.09.2010 - 31.08.2016 - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Turismo Fratarcangeli Cocco S.a.s.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio contenente ricorso incidentale proposto da Eusepi Massimo;

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 17 aprile 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Pasquale Mosca, Aldo ceci, per delega dell'Avvocato Pier Luigi Ceci, e Marco Mariani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & c. s.a.s. ha partecipato alla procedura di affidamento in appalto del servizio di trasporto scolastico per il periodo 1° settembre 2010 – 31 agosto 2016 indetta dal Comune di Tarquinia con delibera n. 59 del 16 marzo 2010, da aggiudicare con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, collocandosi al secondo posto dietro la prima graduata ditta individuale Eusepi Massimo.

Ha quindi proposto ricorso davanti al TAR Lazio – Roma per l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima e degli atti di gara, contestandone l'atto conclusivo, l'ammissione della medesima aggiudicataria e la nomina della commissione di gara.

La ditta controinteressata ha proposto ricorso incidentale, contestando a sua volta l'ammissione della ricorrente principale e l'attribuzione di punteggi alla stessa in misura tale da determinarne la collocazione al secondo posto della graduatoria.

E' intervenuto nel giudizio di primo grado *ad opponendum* l'avv. Francesca Petullà, la cui nomina quale membro della commissione di gara era contestata dalla Turismo Fratarcangeli.

Il TAR adito, respinte le contrapposte impugnazioni avverso le rispettive ammissioni alla gara, ha accolto il motivo del ricorso principale concernente la nomina della commissione di gara, ritenuto assorbente, dichiarando improcedibile per il resto il ricorso incidentale. Conseguentemente ha annullato gli atti di gara. Lo stesso giudice ha ordinato all'amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), cod. proc. amm., di rinominare una nuova commissione incaricata di rivalutare le offerte presentate e, nel caso di aggiudicazione a favore della ricorrente principale, di risarcirle il mancato guadagno riveniente dallo svolgimento del servizio per il biennio 2010-2011.

La sentenza è appellata in via principale dal Comune di Tarquinia, il

quale ne domanda l'integrale riforma.

Ne chiede invece la conferma la Turismo Fratarcangeli Coco s.a.s. costituitasi in resistenza, con memoria nel quale ripropone i motivi del proprio ricorso assorbiti dal TAR.

Si è costituita anche Massimo Eusepi, il quale ha proposto appello incidentale contenente le censure svolte nel ricorso incidentale in primo grado e rigettate dal Tribunale.

All'udienza del 17 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dell'appello principale si sostiene che la sentenza di primo grado avrebbe del tutto illogicamente, da un lato, annullato la determinazione di nomina della commissione di gara, avendo ravvisato la violazione dell'art. 84, comma 8, d.lgs. n. 163/06, così come prospettata nel ricorso principale, e, ciò nondimeno, fatto dall'altro lato salvo l'operato del predetto organo nelle sedute di cui ai verbali nn. 1 e 2.

Conseguentemente, il Comune appellante formula analogo censura avverso il capo della sentenza con cui si è ordinato ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), cod. pro. amm., di rinominare la commissione nel rispetto del citato art. 84 cod. contr. pubbl. al fine della rivalutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle concorrenti.

Nel mezzo si critica la decisione censurandosi la sostanziale vanificazione dell'effetto conformativo da essa stessa discendente, in quanto la salvezza delle sedute di cui ai predetti verbali (in cui si è proceduto alla verifica dei plichi pervenuti, all'ammissione delle

offerte e quindi alla valutazione delle offerte tecniche) condurrebbe al medesimo risultato cui è giunta la commissione la cui nomina è stata giudicata illegittima.

1.2 Con il secondo motivo l'ente appellante contesta la sussistenza della violazione dell'art. 84, comma 8, d.lgs. n. 163/06, ravvisata da TAR. Osserva in contrario che la delibera di nomina dà espressamente conto della necessità di ricorrere a commissari esterni all'amministrazione aggiudicatrice in ragione della complessità tecnica dell'appalto, conseguentemente individuando due figure professionali esperte nello specifico settore e cioè un avvocato amministrativista ed un funzionario provinciale della Motorizzazione civile, il tutto in conformità alla norma contenuta nel comma 2 della disposizione in questione.

1.3 Con un terzo motivo si enuclea un ulteriore profilo di erroneità della sentenza appellata, consistente nel non avere considerato che la scelta dell'avv. Petullà era stata effettuata dopo che il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Civitavecchia aveva comunicato in data 19 aprile 2011 di non avere formato alcun elenco di iscritti dal quale attingere per incarichi della specie di quello da essa appellante richiesto.

1.4 L'appellante deduce inoltre il vizio di ultrapetizione in cui è incorso il TAR nell'aver disposto a favore della ricorrente principale, in sede di provvedimenti ex art. 34, comma 1, lett. e), cod. proc. amm., un obbligo di risarcimento del danno da lucro cessante per il biennio 2010-2011 nel caso in cui questa fosse risultata aggiudicataria

del servizio all'esito della disposta rinnovazione del procedimento di gara, pur in assenza di domanda risarcitoria da parte della stessa.

2. Nell'appello incidentale sono articolati sei motivi, nei quali:

- si contesta la statuizione del TAR di rigetto del motivo di ricorso incidentale nel quale si era dedotto che la Turismo Fratarcangeli non aveva dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnico-professionale concernente riguardante lo svolgimento nei tre anni precedenti di un servizio identico per 750 utenti annui;
- si ribadisce che la ricorrente principale è priva del numero minimo di mezzi e personale necessari allo svolgimento del servizio;
- si censura l'operato della commissione di gara per l'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti previsto nel disciplinare di gara per il numero e la vetustà degli automezzi sul rilievo che la Turismo Fratarcangeli non avrebbe la disponibilità dei mezzi dichiarati nella propria offerta;
- si critica la sentenza del TAR per avere ritenuto illegittimamente formata la commissione di gara senza tenere conto della dichiarazione scritta dell'Ordine degli avvocati di Civitavecchia, dalla quale si ricava invece la prova del rispetto da parte del Comune di Tarquinia dell'art. 84 d.lgs. n. 163/06.

3. In applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4/2011 l'esame dei motivi d'appello deve necessariamente muovere da quelli svolti dal controinteressato Eusepi concernenti l'ammissione alla gara della Turismo Fratarcangeli e dunque i motivi 1 e 2 dell'appello incidentale proposto dal primo. Giova infatti al

riguardo precisare che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, attiene ai requisiti tecnico-professionali richiesti dalla legge di gara anche il numero minimo di automezzi nella disponibilità dell'offerente, la cui mancanza in capo alla Turismo Fratarcangeli è stata dedotta da Eusepi davanti al TAR con il secondo motivo di ricorso incidentale in primo grado e qui ritualmente riproposta attraverso il secondo motivo d'appello incidentale.

4. Nessuno dei suddetti motivi è fondato, per cui si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità per tardività dell'appello incidentale e per novità di parte dei mezzi in esso dedotti sollevate dall'appellata.

4.1 Con riguardo al volume di utenti trasportati nel triennio precedente alla gara, è pacifico in fatto che la Turismo Fratarcangeli ha comprovato in tale sede un numero inferiore nel singolo servizio a 750, ma cumulativamente superiore a tale soglia.

Ora, la clausola del disciplinare della cui interpretazione si controverte (punto 8, A4.1) impone di avere svolto *“almeno un servizio quale quello oggetto di gara, per tipologia (servizio di trasporto scolastico) e volumi (almeno 750 utenti abbonati nell'anno)”*, e di documentare tale requisito mediante *“almeno tre attestazioni di servizio presso enti pubblici per attività di trasporto scolastico [...] per un complesso di almeno 750 utenti trasportati l'anno)”*.

E' dunque evidente il contrasto tra le due citate proposizioni, poiché la prima è chiara nel richiedere un limite quantitativo per singolo servizio, mentre altrettanta chiarezza si riscontra nella seconda, senonché il limite in questione è espressamente riferito ad almeno tre servizi.

Diviene allora inevitabile interpretare la disposizione della legge di gara in esame nel senso maggiormente aderente al *favor participationis* e dunque di ritenere prevalente la seconda previsione (che si connota dunque come specificazione, non incompatibile, della prima, stabilendo un volume di identica misura seppure raggiungibile con una modalità alternativa ma sostanzialmente qualificata come equipollente).

Come condivisibilmente osservato da parte appellata, del resto, tale interpretazione appare quella più ragionevole e coerente con l'entità del servizio posto a gara, visto che nel piano dei trasporti allegato al disciplinare (n. 6) si prefigura un'utenza di 343 abbonati giornalieri, dacché si evince l'ingiustificata sproporzione della sopra menzionata clausola del disciplinare laddove interpretata nel senso propugnato da parte appellante incidentale e cioè come prevedente un requisito tecnico di 2.250 utenti giornalieri (750 per singolo servizio).

Ulteriori considerazioni di carattere logico militano nella direzione qui prescelta.

La capacità tecnica di svolgere il servizio oggetto della gara di cui si controverte deve reputarsi identica se svolto indifferentemente per una o più committenti pubblici, perché è in entrambi i casi idonea a fornire la prova dell'esistenza di una struttura organizzativa imprenditoriale in grado di soddisfare una domanda di mobilità nella misura minima indicata nella legge di gara.

A fronte di ciò la contraria deduzione sul punto della ditta appellante incidentale, secondo cui la capacità in questione è suscettibile di

diverso apprezzamento se il numero minimo di utenti sopra indicato è svolto in relazione ad un singolo anziché per una pluralità, risulta del tutto generica e impinge sul merito tecnico senza però dimostrare *prima facie* un vizio di manifesta illogicità.

4.2 Il secondo motivo d'appello incidentale, in cui si assume che la ricorrente in primo grado avrebbe dovuto essere esclusa per avere offerto mezzi e personale in misura insufficiente, è parimenti infondato.

In realtà, dalla lettura dell'art. 8 del disciplinare di gara emerge che solo i primi vengono rilevati ai fini della verifica del possesso dei requisiti di carattere tecnico-professionale.

Il punto A.4.4. della citata disposizione prescrive infatti che le imprese partecipanti abbiano la disponibilità di un numero minimo di cinque mezzi per lo svolgimento del servizio.

Tale requisito risulta soddisfatto dalla Turismo Fratarcangeli, avendo questa documentato, in risposta a chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, la disponibilità di nove scuolabus. In contrario non giova obiettare che alcuni di questi non sono immatricolati, perché ciò non esclude la disponibilità per il servizio posto a gara.

5. Deve ora scendersi all'esame dei motivi d'appello principale ed incidentale concernenti il capo della sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso principale, essendosi giudicata illegittimamente formata la commissione di gara 84, comma 8, del codice dei contratti pubblici, a causa della mancanza nella determina di nomina della commissione di gara di qualsiasi riferimento alla carenza all'interno

della stazione appaltante di professionalità adeguate ai fini della nomina a componente di tale organo, nonché per non avere l'amministrazione comunale richiesto al competente ordine professionale di indicare rose di candidati con almeno 10 anni di anzianità tra i quali scegliere il professionista esterno.

5.1 Sul punto va preliminarmente sottolineato che la disposizione citata è espressione di principi generali, di matrice costituzionale e comunitaria, di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

In particolare, il principio costituzionale del buon andamento impone che la selezione dei soggetti destinati a comporre la commissione di gara avvenga tra i soggetti già incardinati nella struttura organizzativa della stazione appaltante, all'evidente scopo di contenere i costi di svolgimento della procedura di affidamento. Solo in caso di accertata carenza di adeguate professionalità lo stesso principio rende legittimo il ricorso a commissari di provenienza esterna all'amministrazione aggiudicatrice.

Tuttavia, i sopra ricordati principi di imparzialità e trasparenza impongono che nel caso in cui la scelta sia orientata verso professionisti privati questa non sia diretta, ma venga previamente circoscritta dagli ordini professionali di appartenenza attraverso la formazione di elenchi di candidati dalle quali attingere.

La coerenza di una simile previsione legislativa con i ridetti canoni generali dell'agire amministrativo si manifesta in misura tanto più evidente quanto più si abbia riguardo agli ambiti di discrezionalità che

l'individuazione del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente alla commissione di gara. Tale inoppugnabile dato di comune esperienza impone che la scelta "a monte" dei membri dell'organo deputato alla valutazione delle offerte non ricada su soggetti liberamente eligibili dall'amministrazione, perché ciò potrebbe in ipotesi prestarsi a sospetti ed illazioni circa la sussistenza di ragioni estranee a quelle inerenti la scelta della migliore offerta nell'interesse pubblico, finendo dunque per compromettere irrimediabilmente il principio di ordine imperativo dell'imparzialità al cui presidio è invece posta la procedimentalizzazione della scelta di professionisti esterni prevista dall'art. 84, comma 8, cit.

Immediato precipitato di tali considerazioni è il carattere inderogabile della sequenza procedimentale descritta dalla norma in esame, perché è solo attraverso il suo rigoroso rispetto e la limitazione del potere discrezionale del potere dell'amministrazione di comporre la commissione di gara che ne consegue, che i più volte ricordati precetti generali possono concretamente essere attuati.

A sua volta, l'inderogabilità del procedimento importa che il ricorso a membri esterni sia preceduto da una puntuale ricognizione della mancanza di professionalità idonee all'interno dell'amministrazione o di ragioni obiettive che impongano una simile scelta e che questa sia esternata attraverso una motivazione dotata di apprezzabile grado di specificità.

5.2 Tanto precisato, non sembra dubitabile che nell'individuare i commissari esterni il Comune di Tarquinia non abbia rispettato la

procedura sopra ricordata, essendosi affidato l'incarico all'avv. Francesca Petullà senza previamente verificare la presenza di figure professionali adeguate al proprio interno e quindi senza attingere da elenchi formati dal competente ordine professionale.

Nella determinazione dirigenziale in data 11 giugno 2010 di nomina si opera unicamente un generico riferimento alla complessità tecnica dell'appalto, cui segue l'individuazione delle due figure professionali dell'avvocato amministrativista e di un funzionario della motorizzazione civile di Viterbo.

Come già ravvisato dal TAR, ciò non soddisfa evidentemente lo schema procedimentale disciplinato dall'art. 84, comma 8, perché la dichiarata complessità dell'appalto non è, anzitutto, posta in relazione alla composizione dell'organico dell'ente ed alle professionalità in esso presenti.

Privo di pregio è poi l'assunto difensivo del Comune, a sostegno del terzo motivo d'appello, secondo cui la prova del rispetto della citata disposizione del codice dei contratti pubblici sarebbe data dalla nota con cui il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Civitavecchia ha comunicato l'assenza di un elenco speciale da cui attingere propri iscritti per incarichi della specie di quello oggetto di giudizio.

In disparte il fatto che la comunicazione è del 19 aprile 2011 e dunque successiva all'atto di nomina della commissione, la smentita degli assunti del Comune appellante è agevolmente ricavabile dal fatto che l'avv. Petullà è iscritto all'ordine degli avvocati di Roma, presso il quale, come documentato dalla Turismo Fratarcangeli, sono state in

passato formate rose di candidati da nominare in commissioni di gara in seguito a richieste di enti aggiudicatori.

La scelta diretta del suddetto professionista appare nel caso di specie nella presente fattispecie ancor più censurabile se si pone mente al fatto (incontroverso) che lo stesso aveva assunto la difesa in favore di altro ente locale (Comune di Alatri) in un contenzioso amministrativo promosso dalla Turismo Fratarcangeli.

Devono dunque essere respinte tutte le censure contenute nei motivi secondo e terzo dell'appello principale e sesto dell'appello incidentale.

6. Può dunque ora passarsi all'esame del primo motivo dell'appello principale, in cui si assume l'illogicità della decisione del giudice di primo grado per avere escluso dalla statuizione di annullamento della commissione di gara le operazioni dalla stessa svolte nelle sedute di cui ai verbali nn. 1 e 2.

Il motivo si fonda su un'errata ricostruzione di detta decisione e del vincolo conformativo da essa discendente, per cui va disatteso.

La salvezza dei citati verbali, ed in particolare del n. 2, è infatti stata correttamente limitata dal TAR alle operazioni di ammissione della società odierne parti in causa *“alle fasi successive della gara (ovvero alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche)”* (punto 5 della motivazione).

Coerentemente, in sede di adozione di provvedimenti ex art. 34, comma 1, lettera e), del codice del processo il giudice di primo grado ha imposto al Comune di Tarquinia di nominare una nuova commissione per la rinnovazione del procedimento di gara dal punto in cui questa è stata invalidata, essendosi disposto che questa

“provvederà ad esaminare e valutare le offerte tecniche ed economiche presentate, a suo tempo, in sede di gara dai concorrenti?”.

Oltre ad avere fatto corretta applicazione dei principi recentemente ribaditi da questo Consiglio di Stato in tema di effetti dell'invalidazione in sede giurisdizionale degli atti di gara e salvezza delle fasi non inficiate dalla statuizione caducatoria (si rinvia al riguardo a Sez. VI, sentenza 8 marzo 2012, n. 1332), nella sentenza qui appellata è quindi chiaramente esplicitato il vincolo conformativo derivante dall'annullamento della nomina della commissione e consistente nell'obbligo di formare un nuovo seggio di gara che dovrà riprendere il procedimento a partire dalla sola fase di valutazione delle offerte ormai ammesse.

7. Merita invece accoglimento il quarto motivo dell'appello principale. A fronte di una domanda risarcitoria genericamente azionata in primo grado dalla ricorrente Turismo Fratarcangeli, senza cioè alcuna specificazione del danno risarcibile, il TAR ha nondimeno riconosciuto alla stessa, in sede di provvedimenti ex art. 34, comma 1, lettera e), d.lgs. n. 104/2010, il ristoro per il mancato guadagno per il mancato svolgimento del servizio durante l'anno scolastico 2010-2011 in caso di conseguita aggiudicazione di quest'ultimo all'esito della rinnovazione della procedura di gara, con ciò incorrendo nell'ultrapetizione denunciata nel motivo in esame.

Ultrapetizione emergente anche dal rilievo che tale statuizione suppone che il servizio venga affidato per la parte residua della durata di sei anni stabilita nel bando mentre evidenti esigenze di buon

andamento ed economicità impongono all'amministrazione odierna appellante di mantenere ferma tale intera durata dell'affidamento anche all'esito della rinnovazione disposta dal giudice amministrativo, essendo ciò insito nell'effetto ripristinatorio derivante dall'annullamento con portata rinnovativa dell'esercizio della funzione amministrativa, avente effetto di c.d. "reintegrazione in forma specifica" dell'interesse strumentale che ha trovato realizzazione giurisdizionale, non impedita da effetti materiali irretrattabili conformi a diritto.

8. Ne consegue che l'appello principale può essere accolto solo per questa parte, dovendosi riformare la sentenza limitatamente al capo di condanna risarcitoria condizionale a carico del Comune di Tarquinia ed a favore della Turismo Fratarcangeli.

I restanti motivi dell'appello incidentale della ditta Eusepi devono invece essere dichiarati improcedibili, attenendo gli stessi a fasi del procedimento di gara concernenti la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi non interessate dal giudicato di annullamento parziale della gara medesima (qui confermato).

In ragione della natura delle questioni dedotte in giudizio si ravvisano giusti motivi ex art. 92 c.p.c. per compensare integralmente tra tutte le parti le spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione.

Respinge in parte l'appello incidentale e lo dichiara improcedibile per il resto.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2012

IL SEGRETARIO

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