

N. 05742/2011REG.PROV.COLL.
N. 06187/2010 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 numero di registro generale 6187 del 2010, proposto dalla School Bus Service Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso Renato Labriola in Roma, viale Gorizia, 25/C;

contro

Comune di Pompei, rappresentato e difeso dagli avv. Gennaro Barbato e Bruno Ricciardelli, con domicilio eletto presso Paolo Di Feo in Roma, via Ottaviano, 105;

Buonotourist Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Ludovico Visone, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via del Gesù, 62;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I. n. 13722/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DEL SERVIZIO DI TRASPORTO SCOLASTICO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pompei e della Buonotourist Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Labriola e, per delega, Abbamonte;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Pompei indiceva una procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico degli alunni di scuola elementare (in numero di 144 circa) dei plessi "S. D'Acquisto" e "Villa dei Misteri".

La School Bus Service s.r.l., avendovi partecipato senza successo, con ricorso notificato il 20 novembre 2009 impugnava dinanzi al T.A.R. per la Campania la determinazione del 22 settembre 2009 del Dirigente del VII Settore del Comune recante l'aggiudicazione provvisoria della procedura alla Buonotourist s.r.l. (unica altra offerente in gara), per ottenerne l'annullamento, previa sospensione cautelare, con risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso il Comune di Pompei e la Buonotourist s.r.l., eccependo la tardività e l'infondatezza del gravame.

Con motivi aggiunti la ricorrente estendeva l'impugnativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva e al susseguente contratto stipulato tra l'aggiudicataria e l'Amministrazione.

Il TAR adito con la sentenza n. 13722/2010 in epigrafe respingeva il ricorso, giudicandolo infondato.

Avverso tale pronuncia la School Bus Service s.r.l. esperiva il presente appello, riproponendo sostanzialmente le proprie tesi, argomentazioni e richieste, e sottoponendo a critica la decisione del Tribunale per averle disattese.

Il Comune e la controinteressata si costituivano anche in questo grado di

giudizio in resistenza all'impugnativa avversaria, deducendone l'infondatezza, comunicando che nelle more il servizio era stato regolarmente prestato e concluso, e concludendo per la reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 15 luglio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

1 La difesa dell'aggiudicataria eccepisce l'inammissibilità dell'appello sul rilievo che, poiché il servizio, nelle more, è stato regolarmente prestato e concluso, l'iniziativa giurisdizionale avversaria non potrebbe più in alcun modo far conseguire alla School Bus Service s.r.l. il bene della vita da essa perseguito. Poiché, tuttavia, quest'ultimo operatore ha esperito, unitamente alla propria impugnativa, anche un'azione risarcitoria, in forma specifica o in subordine per equivalente, è evidente come permangano il suo interesse e titolo ad ottenere un vaglio di legittimità dell'operato della Stazione appaltante alla stregua delle censure da esso ritualmente dedotte. L'art. 34, comma 3, del C.P.A. prevede, appunto, che *“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”*.

2 Nel merito, l'appello è infondato.

3 La ricorrente si duole che nell'ambito della procedura di affidamento in questione, alla quale hanno partecipato soltanto due ditte, l'aggiudicataria Buonotourist s.r.l. non sia stata esclusa dalla gara.

La medesima sarebbe incorsa in due cause di esclusione: la prima, per aver omesso di allegare alla propria offerta l'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto qualora essa concorrente fosse risultata affidataria, formalità richiesta a pena di esclusione dal comma 8 dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, che, in quanto norma imperativa, integrerebbe *ex lege* il contenuto del bando; la seconda, per aver fornito una dichiarazione incompleta *ex art. 38 comma 1 lett. b) e c)*, del

d.lgs. n. 163 cit., con riferimento alla figura del direttore tecnico (quello in carica, e quelli cessati nell'ultimo triennio).

4 La trattazione dell'appello deve essere inquadrata nel contesto della specifica disciplina applicabile alla procedura dalla quale è scaturita la controversia, della cui peculiarità le deduzioni dell'appellante non si fanno adeguato carico.

La gara è stata indetta espressamente dal Comune di Pompei ai sensi dell'art. 125, c. 11, del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio mediante procedura negoziata con il criterio dell'offerta più bassa, assumendo a base un importo complessivo pari ad euro 66.363,64, oltre IVA.

Si verte, dunque, dinanzi ad una procedura di acquisizione di servizi mediante cottimo fiduciario, *species* del *genus* delle acquisizioni in economia (art. 125, comma 1, d.lgs. cit.).

Vale allora evidenziare che l'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 sottopone le acquisizioni in economia ad una disciplina specifica e marcatamente autonoma, in una logica di agilità e semplificazione procedurale, rinviando per la sua definizione in dettaglio, con il comma 14, al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici, e precisando che del Codice sarebbero valse, nella specifica materia, i soli "*principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto*".

Una simile procedura, nelle more dell'emanazione del regolamento, è rimasta soggetta, in forza della norma transitoria recata dall'art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. cit., alla disciplina dettata dal decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384. Questo, sempre secondo la norma transitoria, "*nei limiti di compatibilità con le disposizioni*" dello stesso Codice, limiti da verificare, tuttavia, pur sempre in coerenza con la *ratio* semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, il quale ha appunto escluso che le procedure in esame possano soggiacere alla disciplina di

dettaglio da esso concepita e dettata per le procedure ordinarie.

5 Venendo al d.P.R. n. 384/2001 richiamato per il periodo transitorio, questo regola(va) la materia delle garanzie stabilendo che *«per l'esecuzione a cottimo fiduciario le amministrazioni richiedono almeno cinque preventivi redatti secondo le indicazioni contenute nella lettera d'invito. Quest'ultima di norma contiene: l'oggetto della prestazione, le eventuali garanzie, le caratteristiche tecniche, la qualità e le modalità di esecuzione, i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle condizioni e penalità previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni»* (art. 5, comma 1, d.P.R. cit.).

La necessità di prestare garanzie da parte dei concorrenti alla specifica procedura è, dunque, solo eventuale, e rimessa alla decisione della Stazione appaltante (*«la lettera di invito contiene le eventuali garanzie ...»*). Né ciò contrasta con il limite di compatibilità con le disposizioni del Codice fatto salvo dalla già citata norma transitoria, attesa la necessità di attenersi alla già indicata *ratio* semplificatrice sottesa all'art. 125 del Codice, e stante la natura meramente suppletiva che assumono le disposizioni contenute nella parte II del d.lgs. 163/06 (tra cui l'art. 75, sulle garanzie a corredo dell'offerta) nel caso di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 121, comma 1, d.lgs. cit.).

6 Un discorso simile vale anche per i requisiti di ordine generale, e segnatamente per i requisiti morali.

L'art. 124, comma 7, del Codice del 2006 rimetteva l'intera materia dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, al futuro regolamento, cui impartiva un mandato diretto alla semplificazione delle norme dettate sugli stessi temi dal Codice; la fonte superiore formulava anche l'ulteriore criterio (art. 125, comma 12, d.lgs. cit.) del necessario parallelismo, sempre con riferimento agli stessi requisiti, tra procedure in economia e ordinarie procedure sotto soglia “di pari importo”.

Il successivo d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, indi, all'art. 327, ha di recente imposto senz'altro il rispetto dell'art. 38 del Codice (*“Gli operatori economici devono possedere i requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli articoli 38 e 39 del codice”*) per tutte le acquisizioni di servizi e forniture sotto soglia e in economia, senza apportare alla materia particolari semplificazioni.

Al tempo della gara in controversia vigeva però ancora, per le forniture ed i servizi in economia, la già indicata disciplina transitoria *ex art.* art. 253, comma 22, lett. b), d.lgs. n. 163 cit., facente perno, come si è visto, sul d.P.R. n. 384 del 2001. E questo non recava alcuna specifica previsione nemmeno in tema di requisiti morali.

Deve dunque ritenersi che prima dell'avvento del d.P.R. n. 207/2010, nelle procedure di acquisizione di servizi in economia, gli oneri dichiarativi a pena di esclusione a carico dei concorrenti in tema di requisiti morali fossero rimessi alle prescrizioni caso per caso della *lexspecialis*, potendo imporsi, tra i contenuti dell'art. 38 del Codice del 2006, a guisa di principi inderogabili, soltanto le previsioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure per i casi elencati nel primo comma dell'articolo.

7 Tirando le fila di quanto precede, possono pertanto farsi le seguenti, ulteriori considerazioni.

E' già emerso come la necessità di prestare garanzie da parte dei concorrenti alla specifica procedura fosse solo eventuale, in quanto rimessa alla decisione caso per caso della Stazione appaltante.

Ciò posto, è agevole avvedersi del fatto che nel caso in esame la lettera di invito (pag. 4, lett. B) ed il capitolato speciale di appalto (art. 6) si limitavano ad esigere dai concorrenti unicamente la prestazione della cauzione provvisoria, senza richiedere che le imprese producessero anche l'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto.

7a Oppone l'appellante che l'art. 6 del capitolato, rinviando all'art. 75 del

d.lgs. n. 163/2006, avrebbe così richiamato anche il comma 8 di tale articolo, che appunto contempla la necessità per il concorrente di presentare l'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto per il caso di vittoria della gara. E' però immediatamente replicabile che tanto la rubrica quanto il contenuto del detto art. 6 si riferiscono esclusivamente alla "*cauzione provvisoria*". Particolarmente chiaro è il testo dell'articolo, che, stabilendo che "*i soggetti concorrenti devono presentare la documentazione comprovante l'effettuato versamento della cauzione provvisoria, come disposto dall'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006*", opera con ciò un richiamo all'art. 75 del Codice degli Appalti che risulta inequivocabilmente circoscritto alla sola cauzione provvisoria.

A conferma di tanto si può notare che il successivo art. 7 del capitolato, rubricato "*cauzione definitiva*", si occupa della medesima senza menzionare in alcun modo, neppure esso, la (ipotetica) necessità della precedente presentazione dell'impegno fideiussorio cui ha riguardo il comma 8 dell'art. 75 del Codice del 2006.

7b Né vale obiettare che quest'ultima norma sarebbe stata atta, in ogni caso, ad integrare *ex lege* la disciplina di gara. L'assunto, giustamente disatteso dal primo Giudice, non è compatibile con la circostanza che la detta norma di legge non è applicabile *ex se* ai cottimi fiduciari, che, come si è visto, sono soggetti alle illustrate regole speciali di cui agli artt. 121, 124 e 125 del Codice degli Appalti, e *medio tempore*, nell'attesa del regolamento, soggiacevano al d.P.R. n. 384/2001, che rimetteva alla Stazione appaltante la decisione delle garanzie da richiedere ai concorrenti.

8 Si può quindi passare all'esame della seconda critica di parte ricorrente, per cui la controinteressata avrebbe fornito una dichiarazione incompleta *ex art. 38 comma 1 lett. b) e c) del d.lgs. cit.*, omettendo di riferirsi alla figura del proprio direttore tecnico.

In punto di fatto è il caso di precisare che la lettera di invito richiedeva

espressamente ai concorrenti di indicare il nominativo del loro “direttore tecnico”, adempimento che l’aggiudicataria riconosce e documenta di avere osservato.

Anche con riferimento alla documentazione dei requisiti morali, però, per quanto è stato esposto nei paragrafi precedenti, gli obblighi di comportamento dei concorrenti dovevano intendersi senz’altro rimessi alla disciplina stabilita caso per caso dalla Stazione appaltante.

Ed anche in questo caso nella presente *lex specialis* manca una prescrizione impositiva dell’adempimento di cui la ricorrente lamenta l’omissione.

La lettera di invito, infatti, nel richiedere che i concorrenti rendessero una dichiarazione sostitutiva di certificazione con cui attestare, tra l’altro, «*di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione di cui all’art. 38 del D.Lgs. 163/06*», precisava che la detta dichiarazione andava estesa a tutti i soci, in caso di società in nome collettivo, a tutti gli accomandatari, nel caso di società in accomandita semplice, ed a tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza negli altri casi, senza fare, invece, alcuna menzione dei direttori tecnici, il cui coinvolgimento è stato evidentemente ritenuto sovrabbondante.

Ne consegue che rispetto ai precedenti di questi ultimi nessuna specifica dichiarazione era in concreto dovuta.

9 Le considerazioni esposte impongono, dunque, la reiezione dell’appello, siccome infondato.

Le spese processuali sono liquidate, secondo soccombenza, dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l’appellante al rimborso alle parti appellate delle spese processuali, che liquida nella misura complessiva di tremila euro, oltre

accessori di legge, da dividere in quote uguali.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 15 luglio 2011

con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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