

N. 00569/2012REG.PROV.COLL.
N. 04993/2009 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4993 del 2009,
integrato da motivi aggiunti, proposto da:

COMUNE DI FIUMICINO, in persona del sindaco in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Masotti, con domicilio eletto presso
l'avv. Giulio Masotti in Roma, via Ugo De Carolis, n. 145;

contro

MOTUS - CONSORZIO TRASPORTO PERSONE LAZIO, in persona
del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio
Nucci, con domicilio eletto presso l'avv. Maurizio Nucci in Roma, via
Lutezia, n. 8;

nei confronti di

SCHIAFFINI TRAVEL S.P.A., in proprio e quale mandataria del
raggruppamento temporaneo di imprese con Seatour S.p.A., in persona del
legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto
Stajano, con domicilio eletto presso l'avv. Ernesto Stajano in Roma, via di
Villa Albani, n.12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II bis, n. 8529 del 10 settembre 2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO TRASPORTO SCOLASTICO.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Schiaffini Travel S.p.A., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Masotti e Nucci;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Fiumicino indiceva in data 11 novembre 2008 una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del “Servizio di trasporto scolastico con assistenza a bordo” per gli alunni e gli studenti frequentanti le scuole dell'infanzia, elementari e medie per il periodo 7 gennaio 2009 – 30 giugno 2012, per un importo complessivo presunto a base d'asta di €. 7.156.338,50, IVA esclusa, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri indicati nella lex specialis (capitolato d'oneri, invito a presentare offerte o a negoziare oppure specifiche).

La commissione di gara nella seduta del 5 dicembre 2008 disponeva l'esclusione dalla gara di Motus – Consorzio Trasporto Persone Lazio ai sensi dell'art. III.2.2. del bando di gara, avendo rilevato che: a) come emergeva dall'allegato 1 dell'allegato con la “B”, il predetto Consorzio concorreva per le consorziate Rossi Bus S.p.A., A.T.E.R. s.r.l., Calabresi s.r.l., Ditta individuale Di Tommaso Duilio e Gianesi Consortile Società

Consortile a r.l.; b) le dichiarazioni rese dalla Calabresi s.r.l. alla lettera h) e alla lettera i), allegato 1 dell'allegato con la "B", non comprovavano il requisito richiesto a pena d'esclusione di cui ai punti 1 e 3, art. III.2.2. del bando (Capacità economica e finanziaria); c) alla lettera p), allegato n. 1, dell'allegato con la "B", la Calabresi s.r.l. aveva dichiarato di essere rappresentata con funzioni di capogruppo del Consorzio Motus e che tale dichiarazione era stata rilasciata anche dalle altre imprese costituenti il consorzio.

Tale determinazione veniva comunicata al Consorzio con nota prot. n. 97063 del 10 dicembre 2008.

L'esclusione della gara veniva confermata dalla commissione di gara che, nella seduta del 19 dicembre 2008, respingeva la richiesta di riammissione formulata dal Consorzio Motus in data 12 dicembre 2008: tale ulteriore determinazione veniva comunicata con la nota prot. 101043 del 24 dicembre 2003.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II bis, con la sentenza n. 8529 del 18 maggio 2009, nella resistenza del Comune di Fiumicino e della controinteressata A.T.I. tra Schiaffino Travel S.p.A. e Seatour S.p.A., aggiudicataria della gara, definitivamente pronunciando sul ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, proposto da Motus – Consorzio Trasporto Persone Lazio per l'annullamento della citata esclusione dalla gara, in uno con tutti gli altri atti presupposti, conseguenti e connessi, e del provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio lo accoglieva, annullando gli atti impugnati, ma rigettando la domanda di risarcimento del danno.

In particolare il predetto tribunale, respinta, in quanto non provata, l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'intimata amministrazione comunale e dalla controinteressata, riteneva fondata la censura di illegittimità della sua esclusione dalla gara per violazione degli

articoli 35 e 36 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e della specifica disciplina di gara, di cui all'art. 2.2. e alla sez. III, art. 2.1.2., del bando di gara, atteso che il ricorrente era un consorzio stabile (di tipo orizzontale), nei cui confronti non potevano trovare applicazione le disposizioni della lex specialis relative alla diversa fattispecie dei raggruppamenti temporanei di impresa; quanto alla subordinata domanda di risarcimento per equivalente di tutti i danni subiti e subendi derivanti dalla illegittima esclusione e dalla perdita di chances, essa non poteva trovare accoglimento, trovando le ragioni del ricorrente adeguata soddisfazione negli effetti derivanti sul contratto già sottoscritto dalla decisione di annullamento degli atti impugnati.

3. Con rituale e tempestivo atto di appello, integrato da successivi motivi aggiunti, il Comune di Fiumicino ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di tre motivi, rubricati rispettivamente, il primo "Inammissibilità del ricorso proposto da Consorzio Motus innanzi al Tar del Lazio per omessa notifica ad almeno un controinteressato", il secondo "Infondatezza nel merito del ricorso proposto dal Consorzio Motus" ed il terzo "Sul risarcimento del danno", con i quali sono state sostanzialmente riproposte le tesi difensive spiegate in primo grado, a suo avviso, malamente apprezzate, superficialmente esaminate ed inaspettatamente respinte con motivazione approssimativa ed affatto condivisibile, rivendicando la legittimità dei provvedimenti impugnati.

La Schiaffini Travel S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Seatour S.p.A., nel costituirsi in giudizio, ha spiegato appello incidentale, integrato da motivi aggiunti, chiedendo anch'essa la riforma della impugnata sentenza alla stregua di un'articolata serie di motivi per mezzo dei quali ha dedotto l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (per la omessa notifica ad un controinteressato e per la

mancata impugnazione del provvedimento di esclusione definitiva della ricorrente principale), nonché la legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante, erroneamente disconosciuta dai primi giudici.

Il Consorzio Motus ha resistito ai gravami, principale ed incidentale, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

4. Con ordinanza n. 6401 del 21 dicembre 2009 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, nella considerazione che "salvo il necessario approfondimento nella sede propria di merito delle questioni poste, nella comparazione degli interessi in gioco deve ritenersi prevalente quello, pubblico, al mantenimento dell'attuale affidamento dell'essenziale servizio di cui trattasi, tenuto anche conto della risarcibilità del pregiudizio dell'appellato"

5. Con successiva ordinanza n. 259 del 13 luglio 2010 sono stati disposti incumbenti istruttori a carico dell'amministrazione comunale di Fiumicino ed è stata altresì disposta l'acquisizione del fascicolo d'ufficio del giudizio di primo grado.

6. Adempiuto l'incombente istruttorio e pervenuto il fascicolo d'ufficio del giudizio di primo grado, le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive.

Alla predetta udienza pubblica del 25 ottobre 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello principale e quello incidentale che, stante la sostanziale identità delle censure proposte, possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

7.1. Con il primo motivo di gravame l'appellante principale e quello incidentale hanno lamentato l'erroneità della sentenza per aver respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo

grado e dei motivi aggiunti, eccezione fondata sulla obiettiva circostanza della omessa notifica ad almeno un controinteressato.

La doglianza è priva di fondamento giuridico.

In punto di fatto occorre rilevare che, come emerge dalla documentazione in atti, con il ricorso introduttivo del giudizio Motus – Consorzio Trasporto Persone Lazio ha impugnato il provvedimento dirigenziale prot. n. 97063 del 10 dicembre 2008, recante la non ammissione alle fasi successive della gara in questione; l'aggiudicazione (provvisoria) della gara in questione all'A.T.I. tra Schiaffini Travel S.p.A. e Seatour S.p.A. è intervenuta in data 29 dicembre 2008, all'esito di un'apposita riunione della commissione di gara (alla quale non ha partecipato alcun rappresentante del Consorzio ricorrente, in quanto già escluso).

Ciò chiarito, deve osservarsi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è ragione di discostarsi, i partecipanti ad una gara di appalto, in assenza del provvedimento di aggiudicazione, non rivestono la posizione di controinteressati nel giudizio relativo all'impugnazione di un provvedimento di esclusione della gara stessa (C.d.S., sez. VI, 8 luglio 2010, n. 4437), potendo configurarsi l'esistenza di un soggetto controinteressato solo nel caso di contestualità tra l'esclusione e l'aggiudicazione (ipotesi che non ricorre nel caso di specie) ovvero quando al momento della proposizione del ricorso siano noti al soggetto escluso gli ammessi alla gara (C.d.S., sez. V, 19 marzo 2007, n. 1308) ovvero sia noto l'aggiudicatario (C.d.S., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5200). L'onere di provare la eventuale conoscenza da parte del Consorzio - al momento della proposizione del ricorso - dell'intervenuta aggiudicazione (con conseguente inammissibilità del ricorso per mancata notifica del ricorso al contro interessato e tardività dell'impugnazione) spettava, secondo il principio generale della ripartizione dell'onere della prova di cui all'articolo 2697 C.C., all'intimato Comune di Fiumicino e alla

controinteressata aggiudicataria (odierne appellanti) che l'avevano eccepita (C.d.S., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 2006).

Sennochè tale prova che, incidendo sui principi costituzionali predicati dagli articoli 24 e 113, pur potendo essere fornita con presunzioni, fondate su indizi gravi, precisi e concordanti (C.d.S., sez. VI, 1° febbraio 2010, n. 413; 23 giugno 2008, n. 3150) deve tuttavia essere assolutamente rigorosa (C.d.S., sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 747; 8 novembre 2010, n. 7907), è mancata, come correttamente rilevato dai primi giudici, non potendo considerarsi a tal fine sufficienti le mere argomentazioni circa la presunta astratta conoscibilità dell'aggiudicazione da parte del Consorzio con un minimo sforzo comportamentale di diligenza (accesso agli atti, richiesta di informazioni all'amministrazione appaltante, etc), comportamento che non è esigibile (e pertanto non può essere sanzionato con una inammissibile presunzione di conoscenza).

Correttamente l'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, oggetto del ricorso introduttivo del giudizio, è stata notificata solo all'amministrazione appaltante, così come altrettanto correttamente l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara, oggetto dei successivi motivi aggiunti, è stato invece notificato anche alla controinteressata aggiudicataria, mentre nessuna prova rigorosa dell'asserita tardività delle predette impugnazioni è stata fornita.

7.2. Ugualmente infondata è la censura, sollevata solo dall'appellante incidentale con il secondo motivo di gravame, di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, integrato dai motivi aggiunti, per la dedotta omessa impugnazione del provvedimento definitivo di esclusione dalla gara. Infatti, se è vero che con la nota prot. 101043 del 24 dicembre 2008 (che non risulta formalmente impugnata) l'amministrazione appaltante ha comunicato al Consorzio Motus la (ulteriore) decisione di non accogliere la istanza di riammissione alla gara (istanza formulata a seguito della

comunicazione prot. n. 97063 del 10 dicembre 2008 di esclusione dalla gara), occorre tuttavia rilevare che, come emerge dalla lettura del verbale della riunione del 19 dicembre 2008, l'istanza di riammissione non è stata minimamente esaminata dalla commissione di gara che si è limitata ad una mera presa d'atto, evidenziando che essa (insieme a quella della ditta Luca Falaschi s.r.l., pure esclusa) era pervenuta successivamente alla fase di ammissione, conclusasi nella seduta del 5 dicembre 2008, nel corso della quale i rappresentanti delle ditte escluse erano stati ragguagliati delle motivazioni (che sono state meramente riportate, senza alcuna ulteriore determinazione).

Pertanto la pur suggestiva prospettazione dell'appellante incidentale circa l'esistenza di due diversi provvedimenti di esclusione, entrambi autonomamente lesivi, non ha alcun fondamento fattuale e deve essere respinta.

7.3. Anche nel merito le doglianze sollevate con l'appello principale e con quello incidentale sono del tutto prive di fondamento.

7.3.1. Come emerge dal tenore letterale della domanda in data 28 novembre 2008, il Consorzio Motus ha chiesto di essere ammesso alla gara quale consorzio di tipo orizzontale, dichiarando di agire in nome e nell'interesse delle imprese Rossi Bus S.p.A., A.T.E.R. s.r.l., Calabresi s.r.l., Di Tommaso Duilio Ditta Individuale, Giansi Consortile Società Consortile a r.l. e dichiarando altresì "di possedere cumulativamente i requisiti di capacità giuridica, tecnica, economica e finanziaria richiesti nel bando di gara".

L'esame dello Statuto, versata in atti fin dal primo grado di giudizio, evidenzia che detto Consorzio è stato costituito tra imprese che esercitano attività di trasporto di persona a mezzo di autobus (art. 1), ha una durata predeterminata fino al 31 dicembre 2050 (art. 3, salvo anticipato scioglimento o proroga da deliberarsi all'unanimità dei consorziati prima della scadenza) e, quanto all'oggetto, esso si propone di "a) assumere da

privati e amministrazioni statale, anche autonome, da provincia, da comuni e da qualsiasi ente pubblico l'appalto di trasporti su strade e noleggio bus per le scuole, centri ricreativi, colonie, handicappati, impiegati ed operai e per attività turistica in genere nonché servizi di linea urbani, extraurbani, interregionali e internazionali; b) assistere e rappresentare le imprese partecipanti, sia nei loro rapporti particolari che nei rapporti con enti pubblici, istituti di credito, ecc.; c) vigilare affinché i patti intervenuti tra le imprese consorziate siano scrupolosamente rispettati"; tale articolo aggiunge poi che "in caso di appalti conferiti al consorzio, i consorziati che non potessero partecipare all'appalto stesso per inidoneità dei loro veicoli non potranno avanzare rivendicazioni nei riguardi del consorzio", con la precisazione che "in ogni caso la partecipazione agli utili dell'appalto sarà proporzionale all'impiego dei mezzi offerti da ogni singolo consorziato".

7.3.2. Dal coacervo dei predetti elementi di fatto non può seriamente dubitarsi della natura di consorzio stabile del consorzio in questione, come del resto correttamente rilevato dai primi giudici, con la conseguenza che esso costituisce un soggetto diverso dalle imprese consorziate (C.d.S., sez. V, 24 marzo 2006, n. 1529), dotato di una propria autonoma ed esclusiva legittimazione, dovendo sussistere innanzitutto in capo ad esso i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, salva la possibilità che il bando preveda (al fine di garantire ulteriormente l'affidabilità dell'esecuzione delle prestazioni), che gli stessi debbano essere posseduti anche dalle imprese consorziate per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere.

Al riguardo deve aggiungersi che l'indicazione contenuta nella domanda di ammissione alla gara delle imprese per il cui conto ed interesse Consorzio ha agito non individua i soggetti esecutori del servizio, come sostenuto dalle parti appellanti), ma costituisce puntuale attuazione del disposto di cui al quinto comma dell'art. 36 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, a mente del quale "i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali

consorziati il consorzio concorre” (ciò al fine di evitare che anche tali consorziati possano partecipare, alterando così la gara stessa).

7.3.3. Così chiarita la natura giuridica del Consorzio Motus e la sua posizione rispetto alla gara di cui si tratta, non potendo negarsi l'ammissibilità della partecipazione di un consorzio stabile anche agli appalti di servizi e forniture, in virtù della generale previsione contenuta nell'articolo 36 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la Sezione è dell'avviso che correttamente i primi giudici abbiano accolto il suo ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

Invero detta esclusione, come si ricava dalla nota prot. 97063 del 10 dicembre 2008 del Comune di Fiumicino, è stata disposta in quanto le dichiarazioni rese dalla Calabresi s.r.l. - lett. h) e lett. i) dell'allegato con la “B” - non compravano il possesso del requisito, richiesto a pena di esclusione, di cui ai punti 1 e 3 dell'art. III.2.2. del bando di gara (punto 1: “documentazione/dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 445/2000 relativa al volume d'affari pari ad €. 2.000.000,00 per ogni esercizio finanziario al netto dell’IVA – triennio di riferimento 2005 – 2006 – 2007 – per servizi analoghi all’oggetto di gara”; punto 3: “per quanto riguarda il possesso del requisito richiesto al punto 1 questo potrà essere soddisfatto cumulativamente dai concorrenti raggruppati ed il concorrente designato capogruppo dovrà possederne almeno il 60% e ciascuna impresa mandante un fatturato pari ad almeno il 20% del fatturato minimo richiesto, fermo restando che il raggruppamento deve possedere nel suo insieme il 100%”) ed evidenziavano una incompatibilità tra la cifra di affari negli ultimi tre esercizi (2005/2006/2007) e gli importi elencati per i principali servizi negli stessi ultimi tre anni (dovuta probabilmente ad errore di trascrizione, secondo la commissione di gara); inoltre sia la Calabresi s.r.l., sia le altre imprese avevano dichiarato di essere rappresentate con funzioni di capogruppo dal Consorzio Motus.

Sennonchè le disposizioni contenute nel ricordato punto III.2.2. del bando di gara, ed in particolare quelle di cui ai punti 1 e 3, fanno letteralmente riferimento a “concorrenti raggruppati”, “concorrente designato capogruppo”, “impresa mandante” e “raggruppamento” che costituiscono termini della diversa fattispecie del raggruppamento temporaneo di impresa o del consorzio ordinario di imprese e non già del consorzio stabile, ontologicamente diverso dagli altri indicati fenomeni associativi, e caratterizzato, come già si è avuto modo di accennare, dal dare vita ad un soggetto giuridico del tutto autonomo e separato dalle imprese consorziate, dotato di una propria esclusiva legittimazione, capace di assumere direttamente in proprio l’esecuzione del servizio oggetto della gara in questione e quindi unico soggetto nei cui confronti, nel caso di specie potevano/dovevano essere accertati i requisiti di capacità economico – finanziaria.

L’amministrazione appaltante (che peraltro nel corso del procedimento di gara e neppure nell’impugnato provvedimento di esclusione non ha mai minimamente contestato la eventuale impossibilità della partecipazione alla gara stessa di un consorzio stabile) ha pertanto erroneamente applicato la previsione di cui al punto III.2.2. del bando ad una fattispecie concreta, il consorzio stabile, del tutto diversa ed incompatibile rispetto a quella effettivamente disciplinata, malamente ricostruendo la natura giuridica del Consorzio Motus e interpretando in modo distorto l’indicazione contenuta nella domanda di ammissione alla gara del 28 novembre 2008 delle imprese consorziate nel cui conto e nel cui interesse agiva il predetto Consorzio, non trattandosi di mere imprese esecutrici dei lavori.

7.3.4. Tali rilievi, sotto altro concorrente profilo, rendono del tutto ininfluenti ai fini della legittimità del provvedimento impugnato le eventuali incongruenze, imprecisioni, imperfezioni o contraddizioni presenti nella formulazione delle imprese consorziate inserite nella documentazione di

gara.

8. In conclusione gli appelli, principale e incidentale, devono essere respinti. La peculiarità delle questioni trattate giustifica nondimeno la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal Comune di Fiumicino e sull'appello incidentale spiegato da Schiaffini Travel S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Seatour S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II bis, n. 8529 del 10 settembre 2009, li respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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