

N. 01368/2013REG.PROV.COLL.
N. 09839/2011 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 9839 del 2011, proposto da:

Tundo Vincenzo S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto G. Marra,
con domicilio eletto presso l'avv. Marco Gardin in Roma, via L.
Mantegazza 24;

contro

Comune di Parma, rappresentato e difeso dall'avv. Adriano Rossi, presso il
quale è elettivamente domiciliato in Roma, viale delle Milizie 1;

Autoservizi Meridionali S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo
Rutigliano e Adriano Giuffrè, con domicilio eletto presso Adriano Giuffrè
in Roma, via Camozzi 1;

Sailing Tour S.r.l.; Andromeda'S S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZIONE
STACCATA DI PARMA: SEZIONE I n. 00388/2011, resa tra le parti,
concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI TRASPORTO
SCOLASTICO ALUNNI DISABILI - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parma e dell'Autoservizi Meridionali S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2012 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Roberto Marra, Adriano Rossi e Massimo Rutigliano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Parma bandiva una gara per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico di alunni disabili per gli anni scolastici 2010 – 2013, con facoltà di rinnovo, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della procedura di gara, la società Tundo Vincenzo s.r.l., al tempo esecutrice del servizio, collocatasi al terzo posto della graduatoria formata dalla commissione giudicatrice, proponeva ricorso avverso tutti gli atti della procedura concorsuale, compreso il bando di gara, avverso il quale deduceva i seguenti motivi:

1) violazione del d. lgs. n. 163 del 2006 e della normativa in materia di pubblicità e trasparenza, perché, mentre il bando di gara aveva identificato il servizio con il codice "CPV 60130000 – 8" (servizi speciali di trasporto passeggeri su strada) ai sensi del Regolamento CE n. 213 del 2008, contraddittoriamente il disciplinare di gara aveva riportato il servizio tra i servizi sanitari e sociali soggetti a disciplina diversa, avendo introdotto l'inciso "*il servizio oggetto di gara, essendo rivolto ad un particolare tipo di utenza, rientra tra i servizi sanitari e sociali e pertanto assoggettato alle disposizioni di cui all'Allegato IIB del Codice dei Contratti*", con la conseguenza che

illegittimamente sarebbe stata applicata la disciplina dettata dagli artt. 68, 65 e 225 del Codice degli Appalti Pubblici, il bando sarebbe stato pubblicato solo sulla GURI e non sulla GUCE, con riduzione dei termini minimi per predisporre adeguatamente l'offerta tecnica ed economica;

2) violazione dell'art. 86 del d. lgs. n. 163 del 2006 e della legge n. 123 del 3 agosto 2007 e dei principi in materia di sicurezza, eccesso di potere per carenza di istruttoria ed illogicità dell'azione amministrativa, perché il Comune non avrebbe elaborato anteriormente all'indizione dell'appalto il Documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e non avrebbe indicato i costi per la sicurezza;

3) violazione della *par condicio*, nonché contraddittorietà e illogicità dell'azione amministrativa, perché la formula per l'attribuzione del punteggio per l'offerta prezzo consentirebbe il verificarsi di un divario sproporzionato rispetto alla differenza tra i ribassi offerti.

Con motivi aggiunti notificati il 22 dicembre 2010, all'esito dell'accesso agli atti di gara, la società ricorrente contestava l'ammissione alla gara delle prime due graduate, l'aggiudicataria Autoservizi Meridionali s.r.l. e l'a.t.i. con mandataria Sailing Tour s.r.l., assumendo che:

4) l'Autoservizi Meridionali s.r.l. non era in possesso del certificato di qualità specifico, ma riferito genericamente al "trasporto di persone su strada" e che per tale requisito non poteva giovare dell'avvalimento, che a norma del bando di gara era consentito solamente per i requisiti tecnici e/o economici;

5) violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, perché tanto l'aggiudicataria che il raggruppamento secondo in graduatoria non avrebbero presentato la dichiarazione di assenza di pregiudizio penale con riguardo a tutti i soggetti obbligati ed in particolare, l'aggiudicataria sarebbe carente della dichiarazione del pregiudizio penale del procuratore generale della società;

6) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto nessuna delle società partecipanti avrebbe presentato la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera m *ter*.

2.- Il TAR Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, con sentenza n. 388 del 9 novembre 2011, respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti, ritenendo infondate tutte le censure dedotte che vengono riproposte con l'atto di appello in esame, con cui si assume l'erroneità della sentenza per vizio *in procedendo* e *in iudicando*.

3.- Si è costituito in giudizio il Comune di Parma che ha confutato le censure, chiedendo il rigetto del ricorso.

4.- Si è costituita in giudizio l'Autoservizi Meridionali s.r.l. che ha proposto anche appello incidentale avverso la gravata sentenza, assumendo che il TAR avrebbe errato nel non dichiarare inammissibile il ricorso in primo grado della Tundo Vincenzo s.r.l. per inesistenza di una valida procura relativamente al ricorso introduttivo e per tardività quanto ai motivi aggiunti.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 24 aprile 2012, il giudizio è stato assegnato in decisione.

5.- Va esaminato prioritariamente l'appello incidentale proposto dalla controinteressata Autoservizi Meridionali s.r.l., poiché attiene a questione pregiudiziale.

5.1- Assume l'appellante incidentale che il TAR avrebbe errato nel non dichiarare inammissibile il ricorso di primo grado per inesistenza di una valida procura.

La doglianza è infondata.

L'invalidità della procura e, quindi, l'inammissibilità dell'atto cui essa accede, cui consegue la carenza di un presupposto per la valida costituzione del processo e la nullità della sentenza, ricorre allorché essa sia conferita da parte di soggetto privo del potere di rappresentanza della persona giuridica,

ovvero da parte del soggetto che, investito della rappresentanza di una società, non ne spenda il nome e non risulti nemmeno dal testo del ricorso la specifica funzione che il sottoscrittore ricopre in seno alla società sicché non è in alcun modo possibile imputare la procura alla società ricorrente (cfr. Cass. sez. unite, 7 marzo 2005, n. 4814; Cass. civ. sez. III, 23 febbraio 2006, n. 4020; 6 marzo 2008, n. 6031).

Nel caso in esame, malgrado la procura apposta a margine del ricorso introduttivo di primo grado rechi solo il nome della persona fisica che l'ha sottoscritto, dall'epigrafe e dal testo del ricorso è facilmente desumibile la qualità del sottoscrittore di rappresentante legale della società, sicché è indubbia la riferibilità del ricorso alla società ricorrente.

Risulta così assoluta la funzione della procura, cioè quella di assicurare la riferibilità dell'attività svolta dal difensore al titolare della posizione sostanziale controversa.

5.2- I motivi aggiunti non possono considerarsi tardivamente proposti, atteso che essi sono stati proposti a seguito di accesso agli atti, la cui domanda presentata dalla Tundo in data 14 settembre 2010, è stata evasa dall'amministrazione il successivo 26 novembre con fissazione dell'accesso per il giorno 30 novembre.

Ne consegue l'infondatezza dell'appello incidentale.

6.- Va, quindi, esaminato l'appello principale. Anch'esso è infondato e va respinto.

4.1- Con il primo articolato motivo d'appello, si censura la sentenza in relazione alla statuizione sul primo dei motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

L'appellante assume che la sentenza impugnata erroneamente avrebbe ritenuto ammissibile il contratto di avvalimento anche per la certificazione di qualità e che legittimamente l'aggiudicataria si sarebbe avvalsa di tale requisito dell'ausiliaria.

Assume in particolare che:

l'avvalimento cui avrebbe fatto ricorso l'Autoservizi Meridionali giusta contratto con l'ausiliaria Luca Falaschi s.r.l. avrebbe ad oggetto esclusivamente il requisito del fatturato specifico richiesto dal punto 2 lett. d) del disciplinare *“aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili un contratto di trasporto scolastico di alunni disabili ed altri trasporti ad esso correlati, di importo non inferiore a euro 500.000,00”*;

l'avvalimento non riguarderebbe la certificazione di qualità posseduta dall'ausiliaria che non potrebbe essere oggetto di avvalimento per presunzione, attesa la distinzione tra il requisito del fatturato specifico e quello della certificazione di qualità;

il disciplinare di gara limiterebbe l'avvalimento soltanto ai requisiti tecnici ed economici, tra i quali non sarebbe compresa la certificazione di qualità.

La censura è infondata.

6.1- L'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione. E ciò, rileva la Sezione, in coerenza con un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato III, 18 aprile 2011 e V, 23 maggio 2011, n. 3066).

L'istituto di matrice comunitaria, finalizzato a consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese, già previsto dagli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE (i suddetti articoli, rubricati rispettivamente *“Capacità economica e finanziaria”* e *“Capacità tecniche e professionali”* individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la p.a. e stabiliscono che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi) è disciplinato nel nostro ordinamento giuridico

dall'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 (norma che ha trasfuso nell'ordinamento italiano l'art. 48 della direttiva), in base al quale il concorrente “...può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

La formulazione del citato art. 49 è, dunque, molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica.

Invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

Afferendo, dunque, la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente all'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma lo è anche con la procedura di gara qui in questione, con le norme del disciplinare di gara e, segnatamente, con la disposizione del punto 7 del disciplinare di gara.

Non sussiste, in conseguenza, il lamentato travisamento della censura di violazione della *lex specialis* di gara, avendo il TAR aderito all'opzione ermeneutica, che si condivide, che annovera la certificazione di qualità tra i requisiti speciali di carattere tecnico organizzativo, suscettibile di avvalimento e ciò anche ai sensi del disciplinare di gara, che all'ultimo capoverso del punto 11 (offerta economica) ammette la possibilità di

utilizzare l'avvalimento per i requisiti tecnici ed economici.

6.2- Assume la ricorrente che il contratto di avvalimento intercorso tra l'aggiudicataria Autoservizi Meridionali e l'ausiliaria Luca Falaschi s.r.l. avrebbe ad oggetto esclusivamente il requisito del fatturato specifico richiesto dal punto 2 lett. d) del disciplinare *“aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili un contratto di trasporto scolastico di alunni disabili ed altri trasporti ad esso correlati, di importo non inferiore a euro 500.000,00”* e non riguarderebbe la certificazione di qualità posseduta dall'ausiliaria che non potrebbe essere oggetto di avvalimento per presunzione, attesa la distinzione contenuta nella *lex* di gara tra il requisito del fatturato specifico e quello della certificazione di qualità.

L'assunto è privo di pregio.

Il contratto di avvalimento intercorso tra l'aggiudicataria e la ditta Falaschi, dopo aver premesso che *“l'impresa ausiliaria dispone di idonei requisiti e capacità tecniche nel trasporto scolastico degli alunni disabili per la partecipazione alla gara indetta dal Comune di Parma ed in particolare di aver eseguito negli ultimi tre esercizi disponibili, un contratto per servizio trasporto scolastico di alunni disabili ed altri trasporti ad esso correlati, di importo non inferiore a euro 500.000,00...che l'impresa avvalente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione sopra indicato...”* stabilisce che l'impresa avvalente *“è autorizzata ad utilizzare il requisito dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara e l'impresa ausiliaria si impegna a consentire l'utilizzo del requisito... e a mettere a disposizione della prima, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente ...”*.

Non ha pregio, quindi, l'assunto della appellante, costruito su precedente giurisprudenziale di questa sezione (sentenza n. 2344 del 2011), che non è pertinente, essendo indiscutibile che l'ausiliaria, mettendo a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse di cui la stessa è carente, ha disposto a suo favore anche della certificazione di qualità che è qualità immanente

all'impresa ed assicura la capacità dell'impresa cui sarà affidato il servizio di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (Le norme della serie ISO 9000 sono universali e la loro applicabilità prescinde dalla dimensione o dal settore dell'attività, che può essere un'azienda o qualsiasi altro tipo di organizzazione. Esse definiscono principi generici che l'azienda deve seguire nel processo produttivo e riguardano le strutture organizzative, la responsabilità, le procedure, i processi e le risorse umane e strumentali come insieme degli elementi tra loro correlati e interagenti posti in atto per predisporre e attuare la politica per la qualità e conseguire gli obiettivi correlati e, per questo riguardano l'azienda).

6.3 – La ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado anche in relazione all'asserita violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché il procuratore generale della società, Pannella Giancarlo, non avrebbe reso la dichiarazione relativa all'assenza di pregiudizio penale.

L'assunto è infondato in fatto, atteso che Pannella Giancarlo non è rappresentante legale della società munito di potere di rappresentanza, ma solo procuratore generale per una serie di atti elencati nell'atto di conferimento della procura.

Secondo giurisprudenza consolidata, sono tenuti alla dichiarazione del pregiudizio penale ex art. 38, comma 1, lett. c) del Codice degli appalti pubblici, tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza (cfr. Cons. Stato, V, 3 dicembre 2010, n. 513; IV, 1° aprile 2011, n. 2068; sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5638; 10 ottobre 2011, n. 5939; sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178) e non già i procuratori della società, a nulla rilevando l'ampiezza della procura, in quanto, comunque, privi della titolarità del potere gestorio generale e continuativo ricavabile dallo statuto.

6.4- Assume la società appellante che nessuna delle due concorrenti alla procedura di gara (né l'aggiudicataria Autoservizi Meridionali, né la seconda

graduata Andromedada'S, né le società dei rispettivi raggruppamenti) avrebbero reso la dichiarazione *ex art. 38 m -ter*, sicché avrebbero dovuto essere escluse dalla gara.

Come rilevato dal TAR, i moduli predisposti dall'amministrazione non riportano la dichiarazione *ex art. m - ter*, per cui non può imputarsi alle concorrenti che hanno usato il modulo predisposto dall'amministrazione una tale omissione che in limine avrebbe potuto essere superato con una richiesta di integrazione (cfr. Ordinanza sez. V, n. 492 del 2009).

6.5- Secondo l'appellante la sentenza è censurabile anche laddove ha ritenuto che la dichiarazione sul possesso del fatturato di cui al punto 2 d) del disciplinare di gara potesse essere resa nella forma della dichiarazione semplice, come resa dalla ausiliaria dell'aggiudicataria.

La censura è priva di pregio, atteso che il contratto di avvalimento in cui la Falaschi dichiara il possesso del requisito del fatturato specifico è effettuato ai sensi del d.p.r. n. 445 del 2000, sicché è irrilevante che la singola dichiarazione sia stata resa in forma della dichiarazione semplice, in disparte la circostanza che il decreto legislativo n. 163 del 2006 non richiede alcuna forma particolare per le dichiarazioni da rendersi dalle ditte ausiliarie e che ai sensi del novellato art. 46, le cause di esclusione devono essere tassativamente previste dal bando di gara.

6.6- L'infondatezza delle censure esaminate consente di prescindere dall'esame delle analoghe censure dedotte relativamente all'a.t.i. seconda classificata, attesa la posizione della ricorrente di terza in graduatoria.

7- Quanto alle censure avverso il bando di gara, esse sono in parte inammissibili e per il resto infondate.

7.1- la censura relativa alla qualificazione del servizio oggetto di gara, se servizi speciali di trasporto passeggeri su strada (ai sensi del Regolamento CE n. 213 del 2008), come indicati dal bando, o servizi sanitari e sociali, come da disciplinare, è inammissibile, non risultando suffragata da alcun

tipo di interesse giuridicamente rilevante.

La ricorrente, infatti, ha presentato tempestiva e completa domanda di partecipazione alla gara, collocandosi al terzo posto, senza mai lamentare alcun pregiudizio dalla qualificazione del servizio o dai termini per presentare l'offerta correlati alla qualificazione del servizio.

7.2- L'assenza nella *lex* di gara del DUVRI e la mancanza dei costi della sicurezza, non ne comportano l'illegittimità, atteso che il DUVRI va redatto solo nel caso in cui esistano "interferenze", nel caso escluse con nota del RUP in data 8 settembre 2010, anche ai sensi della circolare interpretativa del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n. 24 del 14 novembre 2007.

7.3- Quanto alla censura di violazione della par condicio, nonché contraddittorietà e illogicità dell'azione amministrativa, perché la formula per l'attribuzione del punteggio per l'offerta prezzo consentirebbe il verificarsi di un divario sproporzionato rispetto alla differenza tra i ribassi offerti, va considerato che è rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante stabilire i criteri di attribuzione dei punteggi e, salvo manifesta illogicità o sproporzione, che nel caso non ricorrono, non è censurabile in questa sede.

Per le ragioni esposte l'appello principale va respinto, compresa la domanda di risarcimento danni, non sussistendone i relativi presupposti.

In conclusione vanno respinti l'appello incidentale e l'appello principale.

Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dei giorni 24 aprile 2012 –
28 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2013

IL SEGRETARIO

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