

N. 01719/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00052/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 52 del 2009, proposto da:

Autolinee Dover di Veccaro Cosimo S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, via Piccinni 150;

contro

Comune di Toritto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Vito Giulio Frasca, con domicilio eletto presso l'avv. Giacomo Metta in Bari, corso Vittorio Emanuele 57;

nei confronti di

Lopraino & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, corso Cavour 31;

per l'annullamento

della determinazione n. 130 del 29.10.2008 del Responsabile del Settore demografico e culturale con cui il Comune di Toritto ha aggiudicato in via

definitiva all'impresa Lopraino & C. s.n.c. l'appalto del servizio di trasporto alunni frequentanti le scuole materne, elementari e medie di Toritto;
di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Toritto e di Lopraino & C. S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori avv.ti Gennaro Notarnicola, Vito Giulio Frasca e Giuseppe Cozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la Autolinee Dover s.r.l. ha impugnato la determinazione con cui il Comune di Toritto ha aggiudicato in via definitiva all'impresa Lopraino & C. s.n.c. l'appalto del servizio di trasporto alunni.

La ricorrente ha esposto di aver partecipato, con altre due imprese, alla gara per l'affidamento di tale servizio, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, indetta con determinazione del 6.8.2008.

Al momento dell'esame della documentazione amministrativa a corredo dell'offerta, l'Amministrazione aveva contestato alla controinteressata Lopraino s.n.c. la mancanza della polizza fideiussoria, ma il rappresentante legale della concorrente aveva dichiarato di averla inserita nell'offerta economica; il Comune, nella successiva seduta in cui erano stati aperti i plichi contenenti l'offerta economica, aveva rinvenuto la polizza e confermato l'ammissione della Lopraino, ritenendo di significato

equivocabile le clausole dettate al riguardo dal bando.

L'appalto era stato quindi aggiudicato alla controinteressata che aveva offerto il prezzo più basso.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. violazione dell'art. 42 D.Lgs. 163/2006, violazione del bando di gara e dell'art. 4 del capitolato speciale di appalto, violazione degli artt. 46, 47 e 76 D.P.R. 445/2000, violazione del principio di autolimitazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, eccesso di potere per erronea presupposizione, carente istruttoria, non possedendo l'impresa aggiudicataria, a differenza di quanto dichiarato nell'offerta, il mezzo idoneo al servizio di trasporto oggetto di gara con le caratteristiche indicate nel capitolato speciale di appalto;

2. violazione degli artt. 11, 14 e 17 del disciplinare di gara, violazione del principio di autolimitazione dell'Amministrazione aggiudicatrice, violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti, eccesso di potere per erronea presupposizione, carente istruttoria, dovendo la controinteressata essere esclusa per l'omessa produzione della cauzione provvisoria a corredo dell'istanza di partecipazione;

3. violazione del bando e del disciplinare di gara, violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, violazione dell'art. 47 D.P.R. 445//2000, violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti, erronea presupposizione e difetto di istruttoria, difettando nell'offerta della controinteressata la dichiarazione di assenza di cause ostative all'aggiudicazione in capo ai soci e ai direttori tecnici, necessaria trattandosi di società in nome collettivo.

Si sono costituiti il Comune di Toritto e la Lopraino & C. s.n.c. chiedendo il rigetto del ricorso.

La controinteressata ha proposto altresì ricorso incidentale, impugnando gli atti di gara relativamente all'ammissione della stessa della ricorrente,

deducendo la violazione della *lex specialis* di gara e l'eccesso di potere, in quanto secondo l'art. 15 del bando le garanzie provvisorie andavano inserite nel plico dell'offerta economica.

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Deve previamente essere esaminato il ricorso principale, che va accolto in quanto fondato.

La questione dell'ordine di trattazione del ricorso principale rispetto a quello incidentale, infatti, è stata di recente oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia U.E., che, interpellata sul punto dal T.A.R. Piemonte, ha affermato che nel contenzioso in materia di appalti la proposizione di ricorso incidentale da parte dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici e speculari.

La Corte ha osservato che l'art. 1 della direttiva 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso - con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni - tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha

ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Infatti, in presenza di reciproche contestazioni sulla legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori nel medesimo procedimento e per motivi identici, «ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'Amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare». Deriva da ciò che il Giudice adito è tenuto a pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto un appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale (Corte di Giustizia U.E., sentenza 4 luglio 2013, n. C-100/12).

La medesima situazione ricorre nel caso di specie, avendo entrambe le imprese contestato reciprocamente l'ammissione alla gara per l'inserimento in altro plico, rispetto a quello indicato dal bando, della cauzione provvisoria.

Ne consegue che entrambe le doglianze vanno esaminate nel merito, senza che l'esame del ricorso incidentale debba precedere quello dell'impugnazione principale.

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto che l'aggiudicataria non avrebbe mai avuto, a differenza di quanto dichiarato nell'offerta, la disponibilità del mezzo richiesto dall'art. 4 del Capitolato speciale d'appalto, ovvero di uno "scuolabus con capienza di non meno di 20 posti di proprietà della ditta aggiudicataria di cui almeno 8 posti devono essere adibiti al trasporto di alunni diversamente abili senza carrozzella e almeno 2 posti al trasporto di alunni diversamente abili con carrozzella".

Dall'esame degli atti e della documentazione prodotta si evince la fondatezza di tale assunto.

Dal libretto di circolazione del mezzo utilizzato per lo svolgimento del

servizio (targato DS819FF), infatti, risulta che il bus è omologato per 35 passeggeri normodotati, 2 disabili senza carrozzella e 2 con carrozzella, con conseguente difetto della capienza richiesta in relazione agli 8 da predisporre per i disabili senza carrozzella.

Emerge quindi chiaramente dalla documentazione prodotta l'insussistenza del requisito tecnico richiesto dal capitolato speciale, espressamente richiamato dal bando.

Né può soccorrere, al riguardo, la nota inviata in data 1.9.2008 alla controinteressata dalla Autolinee Scoppio s.r.l., trattandosi di mera proposta di compravendita di un mezzo avente le caratteristiche richieste che non risulta però, essere stata poi seguita dall'effettivo acquisto.

Il difetto del mezzo tecnico richiesto dal capitolato è poi apprezzabile, altresì, quale falsa dichiarazione da parte dell'aggiudicataria, che nell'offerta ha dichiarato la disponibilità dei mezzi previsti.

La falsità obiettiva dell'autodichiarazione costituisce autonoma causa di esclusione dalla gara sia *ex se*, sia per la necessaria applicazione dell'art. 75 del D.P.R. 445/00 (richiamato dalla *lex specialis*) in tema di autocertificazione. Tale norma, infatti, prevede che qualora emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti dal provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, cioè, nella specie, dall'ammissione alla gara (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 190 del 28 novembre 2013; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 novembre 2011, n. 5973; Consiglio Stato, Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5548; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 235).

Peraltro l'art. 75 D.P.R. 445/2000 non lascia alcun margine di discrezionalità alle p.a. che si avvedano della non veridicità delle dichiarazioni, visto che tale norma prescinde, per la sua applicazione, dalla condizione soggettiva del dichiarante, attestandosi sul dato oggettivo della

non veridicità, rispetto al quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte dal dichiarante (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 dicembre 2012 n. 830, Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2012 n. 2447).

L'accoglimento del presente motivo, avente portata sostanziale, comporta l'assorbimento delle successive doglianze.

Viene quindi in rilievo l'unico motivo del ricorso incidentale, che deve essere respinto in quanto infondato.

L'aggiudicataria ha dedotto che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa in quanto il disciplinare di gara, all'art. 15, prevedeva l'inserimento della documentazione relativa alle garanzie provvisorie nel plico contenente l'offerta economica.

Di contro deve rilevarsi che l'art. 11 del disciplinare stabiliva chiaramente che alla domanda di partecipazione alla gara dovesse essere allegata la cauzione provvisoria e che tutta la documentazione relativa dovesse essere inserita, come fatto dalla società ricorrente, nel plico A, contenente l'istanza di partecipazione e la documentazione amministrativa a corredo della stessa.

La ricorrente ha eseguito pedissequamente tali adempimenti, di tal che nessuna ipotesi di esclusione dalla gara è ravvisabile nel caso di specie.

Quand'anche, infatti, dovessero ritenersi ambigue le disposizioni dell'art. 15 del disciplinare, in ragione della menzione delle garanzie provvisorie anche nella parte relativa al plico contenente l'offerta economica, di certo non ne potrebbe conseguire l'esclusione della concorrente che ha redatto la propria istanza di partecipazione in esecuzione delle precise indicazioni contenute nel precedente art. 11, sopra citato.

In conclusione va accolto il ricorso principale e respinto l'incidentale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione

Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati; respinge il ricorso incidentale;

condanna il Comune di Toritto e la Lopraino & C. S.n.c. alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, che si liquidano in euro 2.000, oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge, a carico di ciascuna di dette parti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario

Francesca Petrucciani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2013

IL SEGRETARIO

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